



Trimestrale diretto da Fausto Capelli

2008

Editoriale Scientifica



DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Trimestrale diretto da *G. M. Ubertazzi[†]* e *F. Capelli*

INDICE 2008

ARTICOLI

<i>Adelina Adinolfi</i> - Il principio di legalità nel diritto comunitario	Pag. 1
<i>Luigi Daniele</i> - Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale	» 447
<i>Ugo Draetta</i> - Le competenze dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona	» 245
<i>Ugo Draetta</i> - La funzione legislativa ed esecutiva dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona	» 677
<i>Daniele Pisanello</i> - Obblighi di sicurezza alimentare nel mercato unico europeo tra gestione del rischio e responsabilità d'impresa	» 695
<i>Renzo Rossolini</i> - Le agenzie comunitarie	» 29
<i>Laura Zoppo</i> - L'esecuzione delle decisioni dell'Organo di risoluzione delle controversie nell'ambito dell'OMC: questioni aperte e prospettive di riforma	» 261

COMMENTI

- Anna Amendola* - La lotta al traffico illecito di stupefacenti attraverso l'armonizzazione delle norme penali degli Stati membri dell'Unione europea Pag. 379
- Fausto Capelli* - La sentenza *Parmesan* della Corte di giustizia: una decisione sbagliata. Nota alla sentenza in causa n. C-132/2005 del 26 febbraio 2008 » 329
- Fausto Capelli* - Incidenza della sentenza *Parmesan* sulla controversia relativa al «Tocai friulano» » 334
- Fausto Capelli* - Le detrazioni fiscali concesse alle imprese con la «legge finanziaria 2007» (c.d. «cuneo fiscale») alla luce della normativa comunitaria sugli aiuti di Stato » 403
- Claudio Di Turi* - Insindacabilità degli atti di natura politica e tutela delle vittime dei conflitti armati internazionali: la sentenza *Markovic* della Corte europea dei diritti dell'uomo » 517
- Angelo Ferraro* - La "storia infinita" del caso R.C Auto, tra diritto italiano e diritto comunitario » 107
- Valeria Fontana* - Tutela del "made in Italy" e origine del prodotto industriale » 819
- Massimo Fragola* - Osservazioni sul Trattato di Lisbona tra Costituzione europea e processo di «decostituzionalizzazione» » 205
- Massimo Fragola* - Il primo rinvio pregiudiziale «d'urgenza»: il caso *Rinau* » 765
- Miriam Immediato* - La Carta dei diritti fondamentali nella Gazzetta Ufficiale Italiana » 651
- Lucio Lanucara* - Il contesto normativo comunitario nel settore ferroviario a seguito dell'approvazione del Terzo Pacchetto ferroviario » 825
- Giuseppe Licastro* - La Comunicazione della Commissione sulla «creazione di un sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR)» » 613
- Marco Lombardo* - Il principio di leale cooperazione e l'armonizzazione indiretta delle regole procedurali nazionali alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia » 469

<i>Ciro Manzolillo</i> - La Dichiarazione di Parigi sull'Unione Mediterranea (13 luglio 2008)	Pag. 627
<i>Davide Marcianò</i> - Conflitto di giurisdizione in materia contrattuale tra Convenzione di Bruxelles del 1968 e regolamento (Ce) n. 44/2001 in una pronuncia del giudice italiano	» 799
<i>Antonio Natali</i> - La disciplina delle offerte anomale nel Codice dei contratti pubblici alla luce del divieto comunitario di aiuti di Stato	» 573
<i>Leonardo Pasquali</i> - La normativa comunitaria sulla prevenzione dei danni derivanti dal trasporto marittimo degli idrocarburi	» 161
<i>Patrizia Quaia</i> - La liberalizzazione del mercato elettrico e la gestione dei servizi a rete nel rispetto degli interessi primari concorrenti: la sicurezza dell'approvvigionamento, la tutela dell'ambiente e la protezione dei consumatori	» 591
<i>Renzo Rossolini</i> - L'immunità del Centro di Ispra dai provvedimenti di coercizione amministrativa	» 549
<i>Anna Valentini</i> - La sentenza della Corte di giustizia nel caso <i>Yolanda Del Cerro Alonso</i> : sua incidenza sulla disciplina del lavoro a tempo determinato	» 739
<i>Sergio Ventura</i> - Quando una DOP composta protegge anche i singoli elementi che la compongono: il caso del nome «grana»	» 81
<i>Sergio Ventura</i> - Il caso <i>Parmesan</i> visto dalla Corte di giustizia	» 323
Il caso <i>Parmesan</i> visto da un tribunale tedesco	» 367
<i>Fabrizio Vismara</i> - La nozione di conflitto di interessi nel "Sistema" MIFID (Direttive n. 2004/39/Ce e n. 2006/73/Ce)	» 561

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

<i>Fausto Capelli</i> - La disciplina in materia di etichettatura dei prodotti alimentari artigianali, alla luce delle normative europea e nazionale sugli allergeni	» 231
<i>Fausto Capelli</i> - Società del sapere e sviluppo sociale: i principi fondamentali del diritto alla base della costruzione di una moderna società	» 653
<i>Fausto Capelli</i> - Energie rinnovabili: normativa e compatibilità ambientale	» 857

Antonio Oddo - La nuova disciplina in materia di compatibilità elettromagnetica: la direttiva n. 2004/108/Ce ed il decreto legislativo n. 194/07 Pag. [423](#)

Maria Teresa Stile - Giudicato interno e giurisdizione comunitaria: la composizione dei contrasti » [873](#)

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

La denominazione «Grana» separata da «Padano» non è generica

Sentenza del Tribunale di primo grado del 12 settembre 2007 in causa n. T-291/03

Consorzio per la tutela del formaggio Grana Padano, sostenuto da Repubblica italiana, c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI) » [73](#)
(con commento di *Sergio Ventura*)

Divieto di discriminazione tra personale di ruolo a tempo determinato e personale di ruolo a tempo indeterminato in materia di attribuzione degli scatti di anzianità

Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 2007 in causa n. C-307/05

Yolanda Del Cerro Alonso c. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud » [735](#)
(con commento di *Anna Valentini*)

Obbligo per le amministrazioni nazionali di riesame e rettifica di una decisione definitiva adottata sulla base dell'interpretazione della norma comunitaria contrastante con la successiva giurisprudenza della Corte di giustizia

Sentenza della Corte di giustizia del 12 febbraio 2008 in causa n. C-2/06

Willy Kempter KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas » [463](#)
(con commento di *Marco Lombardo*)

L'uso della denominazione «Parmesan» e la protezione delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari

Sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2008 in causa n. C-132/05

Commissione europea sostenuta da Repubblica ceca e Repubblica italiana c. Repubblica federale di Germania sostenuta da

<i>Regno di Danimarca e da Repubblica d'Austria</i> (con commento di <i>Sergio Ventura</i> e con note di <i>Fausto Capelli</i>)	Pag. 317
Prima applicazione del rinvio pregiudiziale d'urgenza per precisare le norme comunitarie sull'esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2008 in causa n. C-195/08 PPU <i>Inga Rinau</i> (con commento di <i>Massimo Fragola</i>)	» 757
II. MASSIMARIO ANNOTATO (a cura di <i>Enrica Adobati</i>)	
Le attività di recupero crediti in via stragiudiziale non possono essere riservate ad agenzie individuate secondo criteri che violano gli artt. 43 e 49 del Trattato CE Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007 in causa n. C-134/05 <i>Commissione europea c. Repubblica italiana</i>	» 89
È illegittimo il diritto alla deduzione se limitato alle rette scolastiche versate a istituti privati nazionali Sentenza della Corte di giustizia dell'11 settembre 2007 in causa n. C-76/05 <i>Herbert Schwarz, Marga Gootjes-Schwarz c. Finanzamt Bergisch Gladbach</i>	» 91
Sentenza della Corte di giustizia dell'11 settembre 2007 in causa n. C-318/05 <i>Commissione europea c. Repubblica federale di Germania</i>	» 92
Marchi e brevetti: utilizzo del marchio come nome di un punto vendita Sentenza della Corte di giustizia dell'11 settembre 2007 in causa n. C-17/06 <i>Céline SARL c. Céline SA</i>	» 96
Accesso ai documenti: memorie depositate dalla Commissione nell'ambito di procedimenti dinanzi alla Corte di giustizia e al Tribunale di primo grado Sentenza del Tribunale di primo grado del 12 settembre 2007 in causa n. T-36/04 <i>Association de la presse internationale ASBL (API) c. Commissione europea</i>	» 97

La Corte di giustizia individua i soggetti che possono essere ammessi in una procedura di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici e definisce la procedura di appalto di servizi

Ordinanza della Corte di giustizia del 4 ottobre 2007 in causa n. C-492/06

Consorzio Elisoccorso San Raffaele c. Elilombarda S.r.l. e Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda di Milano

Pag. 337

Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007 in causa C-382/05

Commissione europea c. Repubblica italiana

» 338

La Corte di giustizia interpreta le nozioni di televendita e di pubblicità televisiva

Sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 2007 in causa n. C-195/06

Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) c. Österreichischer Rundfunk (ORF)

» 340

La Corte di giustizia individua le condizioni per la concessione di sussidi alla formazione in altri Stati membri

Sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 2007 in cause riunite n. C-11/06 e n. C-12/06

Rhiannon Morgan c. Bezirksregierung Köln e Iris Bucher c. Landrat des Kreises Düren

» 94

La Corte di giustizia interpreta la nozione di regola tecnica di cui alla direttiva n. 98/34/Ce

Sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2007 in causa n. C-20/05

Procedimento penale a carico di *Karl Josef Wilhelm Schwibbert*

» 342

Per l'individuazione del giudice competente in una causa di divorzio tra un cittadino comunitario e un cittadino di un Paese terzo deve applicarsi il regolamento n. 2201/2003

Sentenza della Corte di giustizia del 29 novembre 2007 in causa n. C-68/07

Kerstin Sundelind Lopez c. Miguel Enrique Lopez Lizazo

» 344

Applicabilità del regolamento n. 44/2001 in materia assicurativa con riferimento all'azione che la persona lesa può proporre nei confronti dell'assicuratore

Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 2007 in causa n. C-463/06

FBO Schadeverzekeringen NV c. Jack Odenbreit

» 345

Obblighi di comunicazione da parte delle ditte di importazione di prodotti cosmetici alla luce della normativa comunitaria sulla libera circolazione delle merci

Sentenza della Corte di giustizia del 24 gennaio 2008 in causa n. C-257/06

Roby Profumi s.r.l. c. Comune di Parma

Pag. 347

La Corte di giustizia interpreta la direttiva relativa a taluni aspetti giuridici della società dell'informazione

Sentenza della Corte di giustizia del 29 gennaio 2008 in causa n. C-275/06

Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España Sau

» 499

Contrasta con il Trattato Ce la normativa italiana che disciplina l'assegnazione delle frequenze in materia di trasmissioni radiotelevisive

Sentenza della Corte di giustizia del 31 gennaio 2008 in causa n. C-380/05

Centro Europa 7 Srl c. Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e Direzione Generale Autorizzazioni e Concessioni Ministero delle Comunicazioni

» 348

Vendita di prodotti video per corrispondenza e tutela dei minori

Sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 2008 in causa n. C-244/06

Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides Media Ag

» 350

Violazione del principio della parità di trattamento nel caso di licenziamento di una lavoratrice che si sottopone ad un trattamento di fecondazione *in vitro*

Sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2008 in causa n. C-506/06

Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG

» 352

In Germania sono ammesse le prestazioni previdenziali ai *partner* dello stesso sesso

Sentenza della Corte di giustizia del 1° aprile 2008 in causa n. C-267/06

Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen

» 354

La Corte di giustizia precisa le modalità di applicazione della normativa sugli appalti ai prestatori di servizi transnazionali

Sentenza della Corte di giustizia del 3 aprile 2008 in causa n. C-

- 346/06
Dirk Rüffert, in qualità di curatore fallimentare della Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG c. Land Niedersachsen (Land Bassa Sassonia) Pag. 356
- La normativa svedese che prevede una tassazione diversa per il vino e per la birra non contrasta con il diritto comunitario**
Sentenza della Corte di giustizia dell'8 aprile 2008 in causa n. C-167/05
Commissione europea c. Regno di Svezia » 501
- L'Italia è stata condannata per non aver osservato la normativa comunitaria sugli appalti nell'ambito di alcune operazioni di acquisto di elicotteri destinati a corpi militari e civili**
Sentenza della Corte di giustizia dell'8 aprile 2008 in causa n. C-337/05
Commissione europea c. Repubblica italiana » 503
- Un agente immobiliare che domanda il riconoscimento della propria qualifica professionale è libero di scegliere le modalità per ottenere tale riconoscimento**
Sentenza della Corte di giustizia del 17 aprile 2008 in causa n. C-197/06
Confederatie van Immobiliën-Beroepen van België VZW, Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars c. Willem Van Leuken » 505
- La Corte di giustizia chiarisce nuovamente la nozione di «giudice nazionale»**
Ordinanza della Corte di giustizia del 14 maggio 2008 in causa n. C-109/07
Jonathan Pilato c. Jean-Claude Bourgault » 507
- Il versamento di una pensione di invalidità da parte di uno Stato membro alle vittime civili della guerra o della repressione non può essere negato se il beneficiario è residente in un altro Stato membro**
Sentenza della Corte di giustizia del 22 maggio 2008 in causa n. C-499/06
Halina Nerkowska c. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie » 508
- Il diritto alla libera circolazione può essere limitato solamente nel rispetto del principio di proporzionalità**
Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 2008 in causa n. C-33/07

<i>Ministerul Administrației și Internelor - Direcția Generală de Pașapoarte București c. Gheorghe Jipa</i>	Pag. 509
L'adozione di criteri discriminatori di selezione del personale da parte di un imprenditore contrasta con la direttiva n. 2000/43/Ce	
Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 2008 in causa n. C-54/07	
<i>Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV</i>	» 777
Il condono fiscale italiano sull'Iva contrasta con il diritto comunitario	
Sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2008 in causa n. C-132/06	
<i>Commissione europea c. Repubblica italiana</i>	» 779
La Corte di giustizia si pronuncia sulla pubblicità televisiva relativa ai trattamenti medico-chirurgici	
Sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2008 in causa n. C-500/06	
<i>Corporación Dermoestética SA c. To Me Group Advertising Media</i>	» 780
La Corte di giustizia chiarisce le modalità in base alle quali un cittadino di un Paese terzo può circolare e soggiornare all'interno dello Stato membro del proprio coniuge	
Sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2008 in causa n. C-127/08	
<i>Metock e a. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform</i>	» 782
La Corte di giustizia ha statuito sul divieto di discriminazione in base alla nazionalità per i calciatori professionisti cittadini di Paesi terzi	
Ordinanza della Corte di giustizia del 25 luglio 2008 in causa n. C-152/08	
<i>Real Sociedad de Fútbol SAD, Nihat Kahveci c. Consejo Superior de Deportes, Real Federación Española de Fútbol</i>	» 784
Per il recupero dei crediti verso lo Stato il termine per l'esecuzione forzata di centoventi giorni non contrasta con la direttiva n. 2000/35/Ce	
Sentenza della Corte di giustizia dell'11 settembre 2008 in causa n. C-265/07	
<i>Caffaro s.r.l. c. Azienda Unità Sanitaria Locale RM/C e nei confronti di Banca di Roma SpA</i>	» 786

La Corte di giustizia riconosce il diritto di soggiorno del figlio maggiorenne di un lavoratore turco

Sentenza della Corte di giustizia del 25 settembre 2008 in causa n. C-453/07

Hakan Er c. Wetteraukreis

Pag. 788

Uno Stato membro non può rifiutarsi di riconoscere ai propri cittadini il cognome registrato nello Stato membro di nascita e di residenza

Sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre nella causa n. C-353/06

Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul c. Leonhard Matthias Grunkin-Paul e Standesamt Stadt Niebüll

» 789

I passeggeri devono essere rimborsati nel caso in cui una compagnia aerea cancelli i voli per motivi tecnici

Sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2008 in causa n. C-549/07

Friederike Wallentin-Hermann c. Alitalia - Linee Aeree Italiane SpA

» 791

**GIURISPRUDENZA
ITALIANA E STRANIERA****Individuazione del giudice competente a decidere una controversia nei confronti di una persona giuridica in base alla Convenzione di Bruxelles del 1968**

Sentenza del Tribunale di Brindisi, sez. dist. Ostuni, del 15-17 novembre 2005 n. 38/05

Molentino Giovanni c. I.C. 2000 Interventi costruttivi srl, già in liquidazione nonché c. Società Windowmist Limited e Bianco Pasquale

(con commento di *Davide Marcianò*)

» 795

Lo Stato non è responsabile nei confronti dei singoli dei danni causati dai c.d. «atti politici» attuativi della propria politica estera ed esclusi dal controllo giurisdizionale

Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (GC) del 14 dicembre 2006 (ricorso n. 1398/03)

Marković and others v. Italy

(con commento di *Claudio Di Turi*)

» 513

Il Protocollo sui privilegi e sulle immunità delle Istituzioni comunitarie si estende al Centro di Ispra: illegittimità della attività ispettiva non autorizzata dalla Corte di giustizia e conseguente inutilizzabilità del verbale di accertamento

Sentenza del Tribunale di Varese del 19 aprile-1° giugno 2007
n. 150/07

Comunità europea c. Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro (INAIL) e Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS)

(con commento di *Renzo Rossolini*)

Pag. 545

Intese anticoncorrenziali e tutela del consumatore finale: discostandosi dalle indicazioni fornite dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, il Giudice di pace di Bitonto riapre una questione apparentemente risolta

Sentenza del Giudice di Pace di Bitonto del 21 maggio 2007

Manfredi Vincenzo c. Lloyd Adriatico Assicurazioni S.p.A.

(con commento di *Angelo Ferraro*)

» 101

Tutela dei consumatori dalle frodi e dei produttori dall'illecita concorrenza: per i prodotti industriali rileva l'origine "imprenditoriale" e non quella geografica del prodotto

Sentenza del Tribunale penale di Genova n. C08/485 del 13 dicembre 2007

Procedimento penale a carico di *I. Prussiani*

(con commento di *Valeria Fontana*)

» 811

È escluso l'utilizzo delle denominazioni «Parmigiano» o «Bio-Parmesan» o «Parmesan» per i prodotti caseari non conformi al disciplinare del formaggio Parmigiano Reggiano

Sentenza del Tribunale regionale (*Landgericht*) di Berlino del 22 aprile 2008

Consorzio del Formaggio Parmigiano Reggiano c. Allgäuland-Käsereien GmbH

(con commento di *Sergio Ventura*)

» 359

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ**Disciplina dei conflitti di interesse nel mercato mobiliare e obblighi comportamentali dell'intermediario**

Direttiva n. 2004/39/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive n. 85/611/Cee e n. 93/6/Cee del Consiglio e la direttiva n. 2000/12/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva n. 93/22/Cee del Consiglio (articolo 18)

Pag. 553

Direttiva n. 2006/73/Ce della Commissione del 10 agosto 2006 recante modalità di esecuzione della direttiva n. 2004/39/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i requisiti di organizzazione e le condizioni di esercizio dell'attività delle imprese di investimento e le definizioni di taluni termini ai fini di tale direttiva (articoli da 21 a 25)
(con commento di *Fabrizio Vismara*)

» 555

L'azione comunitaria in materia di lotta al traffico illecito di stupefacenti

Strategia dell'Unione europea in materia di droga (2005-2012)
(con commento di *Anna Amendola*)

» 373

Protezione dell'ambiente marino e prevenzione contro l'inquinamento accidentale da idrocarburi: determinazione delle garanzie strutturali dei mezzi di trasporto

Regolamento (Ce) n. 457/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 aprile 2007 che modifica il regolamento (Ce) n. 417/200 sull'introduzione accelerata delle norme in materia di doppio scafo o di tecnologia equivalente per le petroliere monoscafo

» 159

(con commento di *Leonardo Pasquali*)

Approvazione del Terzo Pacchetto: verso la liberalizzazione del trasporto ferroviario nell'Unione europea

Regolamento (Ce) n. 1371/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario, che abroga i regolamenti del Consiglio (Cee) n. 1169/69 e n. (Cee) n. 1107/70

» 823

Direttiva n. 2007/58/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, che modifica la direttiva 91/440/Cee del Consiglio relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie e la direttiva n. 2001/14/Ce relativa alla ripartizione della capacità

- di infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria
Pag. 823
- Direttiva n. 2007/59/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativa alla certificazione dei macchinisti addetti alla guida di locomotori e treni sul sistema ferroviario della Comunità
» 823
- (con commento di *Lucio Lanucara*)

DOCUMENTAZIONE

Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: criteri di verifica delle offerte anomale

- Decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive n. 2004/17/Ce e n. 2004/18/Ce - Art. 87
» 571
- (con commento di *Antonio Natali*)

Misure urgenti per la liberalizzazione del mercato elettrico nelle more del pieno recepimento della direttiva n. 2003/54/Ce

- Decreto legge 18 giugno 2007 n. 73. Misure urgenti per l'attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia, convertito, con modificazioni, in legge 3 agosto 2007 n. 125
» 587
- (con commento di *Patrizia Quaia*)

Aiuti di Stato selettivi: sono illegittime le detrazioni fiscali se non sono concesse a tutte le imprese

- Aiuti di Stato: La Commissione approva il provvedimento italiano di riduzione del «cuneo fiscale»
» 401
- (con commento di *Fausto Capelli*)

Istituzioni europee: il 13 dicembre 2007 è stato firmato a Lisbona il Trattato di riforma

- Il Trattato in sintesi
» 201
- (con commento di *Massimo Fragola*)

Verso un sistema europeo comune di gestione integrata delle frontiere

- Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sull'esame della creazione di un sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR)
» 607
- (con commento di *Giuseppe Licastro*)

Consiglio europeo

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 13-14 marzo 2008 Pag. 419

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 19-20 giugno 2008 » 617

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 15-16 ottobre 2008 » 853

Istituzione dell'Unione Euromediterranea

Déclaration commune du sommet de Paris pour la Méditerranée du 13 juillet 2008 » 621
(con commento di *Ciro Manzolino*)

Il Parlamento italiano, nel ratificare il Trattato di Lisbona con la legge 2 agosto 2008 n. 130 ha disposto la pubblicazione sulla *Gazzetta ufficiale italiana* della Carta dei diritti fondamentali (Carta di Nizza)

Comunicato relativo alla legge 2 agosto 2008, n. 130, recante «Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007 » 649
(con nota di *Miriam Immediato*)

RECENSIONI

Franco Bassanini - Giulia Tiberi (a cura di) - Le nuove Istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona (*Massimo Panebianco*) » 670

Luca Briasco - Davide A. Capuano - Luigi Gianniti, Il Trattato di Lisbona: commento e testo a fronte (*Miriam Immediato*) » 893

Giovanni Cellamare - La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea (*Giuseppe Licastro*) » 892

Philipp Fabbio - L'abuso di dipendenza economica (*Alberto De Franceschi*) » 886

Rosanna La Rosa, Evoluzione e prospettive della protezione delle minoranze nel diritto internazionale e nel diritto europeo (*Caterina Tuosto*) » 437

<i>Umberto Leanza - Ida Caracciolo</i> , Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui. Parte Generale (<i>Massimo Panebianco</i>)	Pag. 883
<i>Simone Marinai</i> - I valori comuni nel diritto internazionale privato e processuale comunitario (<i>Anna Bettinelli</i>)	» 888
<i>Eleftheria Neframi</i> , Les accords de la Communauté européenne: aspects communautaires et internationaux (<i>E. Adobati</i>)	» 239
<i>Antonio Padoa Schioppa</i> - Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea (<i>Vincenzo Franceschelli</i>)	» 661
<i>Massimo Panebianco</i> - Diritto internazionale pubblico (<i>Teresa Russo</i>)	» 666
<i>Alberto Venezia - Roberto Baldi</i> , Il contratto di agenzia - La concessione di vendita - Il franchising (<i>Paola Tradati</i>)	» 435
Libri ricevuti nell'anno 2007	» 441

Hanno collaborato

[241](#), [443](#), [675](#), [897](#)

ARTICOLI

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NEL DIRITTO COMUNITARIO*

Sommario: 1. *Il principio di legalità e la nozione di «comunità di diritto»* - 2. *Il controllo giurisdizionale del principio di legalità e i conseguenti limiti di applicazione del principio in relazione al secondo e al terzo pilastro dell'Unione europea* - 3. *Le implicazioni della nozione di «comunità di diritto» rispetto alla condotta delle istituzioni, degli Stati membri ed alla tutela delle persone* - 4. *Il principio di legalità nella dimensione interna al sistema comunitario* - 5. *Il principio di legalità nei rapporti con gli Stati membri* - 6. *Principio comunitario di legalità e tutela delle persone* - 7. *L'incidenza del diritto comunitario sul principio di legalità operante negli ordinamenti nazionali.*

1. Il principio di legalità e la nozione di «comunità di diritto»

La prima difficoltà che presenta un'analisi del principio di legalità nell'ordinamento comunitario discende dalla peculiare terminologia che in esso viene utilizzata: infatti, né il Trattato istitutivo, né il Trattato sull'Unione europea enunciano un «principio di legalità» utilizzando questa formulazione. Si può ritenere, tuttavia, che tale principio sia richiamato implicitamente dall'art. 6 par. 1 del Trattato sull'Unione europea laddove si afferma che l'Unione si fonda, tra l'altro, sui principi di democrazia e dello stato di diritto, principi che sono «comuni agli Stati membri»¹. Secondo tale prospettiva, dunque, il principio di legalità sarebbe intrinseco all'ordinamento dell'Unione in quanto

* Testo, con alcune modifiche e l'aggiunta delle note, della relazione presentata al 53° Convegno di Studi amministrativi su «Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia» tenutosi a Varenna nei giorni 20-22 settembre 2007.

¹ Nella versione in lingua inglese, «stato di diritto» è indicato come «rule of law» benché le due nozioni non siano ritenute perfettamente coincidenti: cfr., in merito alle caratteristiche della «rule of law», P. CRAIG, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 35 ss. Un richiamo allo stato di diritto si riscontra anche nel preambolo del Trattato sull'Unione europea in cui gli Stati membri confermano «il proprio attaccamento ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello stato di diritto» (terzo *considerando*).

risulta dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri²; questa ricostruzione riflette la tecnica di enunciazione dei principi dell'ordinamento comunitario che, come sarà più oltre ricordato, la Corte di giustizia utilizza in via generale nella propria giurisprudenza. Il Trattato di Lisbona, recentemente adottato dagli Stati membri e diretto ad apportare alcune modifiche ai due Trattati attualmente in vigore, segue lo stesso orientamento, affermando che l'Unione «si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto (...)»³.

Guardando alla giurisprudenza comunitaria, il richiamo al «principio di legalità» si riscontra in riferimento quasi esclusivamente alla materia penale⁴, e denota quindi il principio (enunciato dall'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dall'art. 47 della Carta di Nizza) secondo il quale – nella definizione della Carta – «nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato (...)». Per designare, invece, il principio di legalità quale limite all'esercizio

² Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto che sebbene il preambolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non includa la «rule of law» tra i suoi obiettivi, tuttavia la Convenzione «points to it as being one of the features of the common spiritual heritage of the Member States of the Council of Europe»: sentenza 21 febbraio 1975, *Golder v. United Kingdom*, par. 34. V. anche la sentenza 6 settembre 1978, *Klass v. Germany*.

³ Art. 1 *bis* del Trattato sull'Unione europea come integrato dal Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, firmato il 13 dicembre 2007 (in *Gu-UE* n. C 306 del 17 dicembre 2007, p. 1 ss.); il nuovo Trattato sostituisce alla denominazione «Trattato che istituisce la Comunità europea» quella di «Trattato sul funzionamento dell'Unione europea». Nel nuovo titolo del Trattato sull'Unione europea che enuncia «disposizioni relative ai principi democratici» si aggiunge che il funzionamento dell'Unione «si fonda sulla democrazia rappresentativa», e si indirizza l'azione esterna dell'Unione a «consolidare e sostenere», tra l'altro, la democrazia e lo Stato di diritto (art. 10 A). Il carattere effettivamente innovativo di tali principi non può che essere valutato alla luce delle modifiche relative al funzionamento dell'Unione, considerando che, per vari aspetti, il nuovo Trattato lascia sostanzialmente immutato l'assetto attuale e rende più complesso il meccanismo previsto ai fini del calcolo della maggioranza qualificata.

⁴ Cfr., ad esempio, la sentenza 22 novembre 2005 in causa n. C-384/02, *Gronggaard*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9939 ss., in cui la Corte ha affermato che l'obbligo del giudice di interpretare le norme nazionali in conformità ad una direttiva incontra un limite qualora «abbia l'effetto di determinare o aggravare (...) la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni» (par. 30). Cfr. anche la sentenza 7 gennaio 2004 in causa n. C-60/02, nel caso *X*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 651 ss. in cui si precisa (in relazione alla mancanza, in uno Stato membro, di sanzioni penali applicabili riguardo al transito di merci contraffatte) che «il principio della legalità delle pene, quale consacrato dall'art. 7 della Convenzione europea (...), che è un principio generale del diritto comunitario, comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, vieterebbe di sanzionare penalmente un tale comportamento, anche nel caso in cui la norma nazionale fosse contraria al diritto comunitario» (par. 63). Da ultimo cfr. la sentenza 8 febbraio 2007 in causa n. C-3/06 P, *Danone*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 1331 ss. ove si afferma (in relazione a sanzioni per la violazione delle norme comunitarie sulla concorrenza) che il principio di previsione legale dei reati e delle pene «può opporsi all'applicazione retroattiva di una nuova interpretazione di una norma che descrive un'infrazione» (par. 88). Peraltro, seguendo il criterio della interpretazione conforme, in base al quale la normativa nazionale deve essere intesa in modo da conseguire il risultato perseguito dalle norme comunitarie, una norma comunitaria non può «di per sé e indipendentemente da una legge adottata da uno Stato membro, determinare o aggravare la responsabilità penale» (cfr. sentenze 11 giugno 1987 in causa n. 14/86, *Pretore di Salò*, in *Raccolta*, 1987, p. 2545 ss., 26 settembre 1996 in causa n. C-168/95, *Arcaro*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4705 ss., e 12 dicembre 1996 in cause riunite n. C-74/95 e n. C-129/95, *X*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 6609 ss.).

dei poteri normativi ed amministrativi delle istituzioni politiche la giurisprudenza comunitaria si riferisce piuttosto ad una diversa ed originale nozione, che è quella di «comunità di diritto»⁵. Tale nozione – che con tutta evidenza intende adattare al sistema comunitario quella di «stato di diritto» – è utilizzata ampiamente nella giurisprudenza comunitaria anche per la varietà delle sue implicazioni ed è configurata come un corollario della natura giuridica della Comunità. Come formulata dalla Corte di giustizia, tale nozione indica che nell'ordinamento comunitario «le relative istituzioni sono soggette al controllo della conformità dei loro atti al Trattato e ai principi generali del diritto di cui fanno parte i diritti fondamentali»⁶.

Il ricorso ad una concezione originale – quale quella espressa con la locuzione «comunità di diritto» - non deve peraltro sorprendere, giacché risponde non soltanto all'esigenza di adattare alle peculiarità di un'organizzazione internazionale principi maturati nell'esperienza statuale, ma si inquadra anche nell'ambito di un orientamento di politica giudiziaria accolto dalla Corte, volto ad accentuare i caratteri di autonomia dell'ordinamento comunitario rispetto agli ordinamenti nazionali degli Stati membri. Ciò influenza, come cercherò poi di evidenziare, anche i contenuti del principio, caratterizzato da una flessibilità interpretativa che, se potrebbe apparire come mancanza di un approccio rigoroso, è invece piuttosto frutto di una tecnica ermeneutica che, muovendo dalle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri, tende ad elaborare soluzioni (anche terminologiche) proprie ed originali.

Il principio espresso con la locuzione «comunità di diritto» comporta che l'attività delle istituzioni, in qualsiasi sua manifestazione, deve essere conforme alle fonti individuate dalla Corte stessa come sovraordinate ed è comunque soggetta al controllo giurisdizionale. Il principio comporta, quindi, un limite generale all'esercizio dei poteri attribuiti alle istituzioni, attraverso l'esigenza di conformità alle fonti superiori; occorre tuttavia precisare che il principio è enunciato in riferimento soprattutto all'attività normativa, poiché l'esercizio di un'attività amministrativa diretta da parte delle istituzioni dell'Unione europea è alquanto limitato, essendo l'applicazione delle norme co-

⁵ Che la nozione di «comunità di diritto» dia espressione al principio di legalità è rilevato da A. TIZZANO, il quale osserva come «il principio di legalità» sia stato «enunciato dalla Corte di giustizia in varie sentenze che hanno qualificato la Comunità europea come "comunità di diritto"» (*La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 16).

⁶ Sentenza 25 luglio 2002 in causa n. C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6677 ss., par. 38. Secondo una formulazione più risalente, la nozione di comunità di diritto era stata riferita alla conformità dell'azione delle istituzioni al Trattato istitutivo, senza il richiamo ai principi generali; così nella sentenza 23 aprile 1986 in causa n. 294/83, *I Verdi*, in *Raccolta*, 1986, p. 1339 ss., dove la Corte aveva affermato che «la Comunità economica europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal trattato» (par. 23). Per una ricostruzione dello sviluppo della giurisprudenza comunitaria relativa a tale nozione cfr. A. ALI, *Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 56 ss. e J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, London, Sweet and Maxwell, 2006.

munitarie generalmente affidata alle amministrazioni nazionali.

L'esigenza del rispetto del Trattato e dei principi generali da parte delle istituzioni derivante dalla nozione di «comunità di diritto» dà luogo, quindi, ad una sorta di tipizzazione del potere che, sebbene presenti – come sarà evidenziato più oltre – delle caratteristiche peculiari, si può senz'altro ricondurre ad una manifestazione del principio generale di legalità. In questa prospettiva la Corte ha valorizzato il ruolo del Trattato istitutivo quale parametro di legittimità degli atti derivati, configurandolo come la «carta costituzionale di una comunità di diritto»⁷, in quanto enuncia le regole fondamentali del sistema alle quali l'attività delle istituzioni deve conformarsi⁸.

Nella concezione della Corte, il rispetto del Trattato non potrebbe esaurire, tuttavia, i limiti al potere delle istituzioni necessari a costruire la «comunità di diritto». La Corte ha infatti enunciato i «principi generali dell'ordinamento comunitario», che, come è ben noto, essa individua riferendosi agli ordinamenti degli Stati membri, ma ricostruisce, in realtà, in modo sostanzialmente discrezionale⁹; la Corte, giustificando la posizione sovraordinata di tali principi rispetto alle fonti derivate in quanto compresi, ai sensi dell'art. 230 del Trattato CE, tra le regole di diritto relative all'applicazione del Trattato, li configura anzitutto come un ulteriore parametro di legittimità degli atti normativi derivati.

Allo stesso obiettivo di assicurare la legalità comunitaria sono riconducibili anche le ulteriori funzioni dei principi generali, utilizzati quali criteri di interpretazione delle norme comunitarie e quale fonte di integrazione delle disposizioni del Trattato e di quelle derivate; in tal modo i principi si traducono in concrete regole di condotta che le istituzioni devono seguire nella loro attività di applicazione delle norme comunitarie. Ciò risulta evidente, ad esempio, dai principi che devono essere rispettati nel procedimento amministrativo comunitario, come il principio di riservatezza, dal quale la Corte ha tratto precisi limiti ai poteri della Commissione nello svolgimento delle indagini per l'accertamento della violazione delle norme sulla concorrenza¹⁰.

⁷ Parere n. 1/91 del 14 dicembre 1991, in *Raccolta*, 1991, I, p. 6079 ss., par. 21. Si veda anche la sentenza del 23 aprile 1986 in causa n. 294/83, *I Verdi*, cit. *supra*, nota 6.

⁸ L'esigenza del rispetto del Trattato nell'attività normativa delle istituzioni risulta espressamente dall'art. 230, par. 2, che tra i vizi di legittimità dell'atto prevede, tra l'altro, la «violazione del presente Trattato»; l'art. 7, inoltre, consente di estendere tale esigenza a qualsiasi attività delle istituzioni affermando che «ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dal presente trattato».

⁹ La formulazione di tali principi, nell'ambito dei quali rientrano anche i diritti fondamentali della persona umana, è senz'altro uno dei contributi più originali della giurisprudenza comunitaria, la cui rilevanza non si esaurisce nell'ambito del sistema comunitario ma si espande in quelli degli Stati membri producendo talora un'influenza che trascende i settori di competenza comunitaria; si veda *infra*, par. 7 e nota 87.

¹⁰ Come nella sentenza 18 maggio 1982 in causa n. 155/79, *AM&S c. Commissione*, in *Raccolta*, 1982, p. 1575 ss.

2. Il controllo giurisdizionale del principio di legalità e i conseguenti limiti di applicazione del principio in relazione al secondo e al terzo pilastro dell'Unione europea

Nella concezione del principio comunitario di legalità espresso con la nozione di «comunità di diritto» appare essenziale la funzione esercitata dal controllo giurisdizionale che – se comunque riveste, in via generale, particolare rilevanza nell'ordinamento comunitario anche in ragione del carattere limitato del controllo politico – costituisce la garanzia della conformità dell'azione delle istituzioni alle norme superiori¹¹. Il controllo giurisdizionale, come appare dalla formulazione della nozione di «comunità di diritto» che ho sopra riferito, rappresenta, infatti, l'asse portante del sistema di garanzia della legalità: esso è strumento di controllo della conformità dell'azione delle istituzioni alle norme superiori, così come interpretate dalla Corte (qualora si tratti delle disposizioni del Trattato) oppure da essa discrezionalmente ricostruite, come avviene rispetto ai principi generali. Il sindacato che la Corte svolge sul comportamento delle istituzioni concerne qualsiasi atto che queste emettono e che sia idoneo a produrre effetti giuridici¹² ovvero la carenza nell'adozione di atti che hanno l'obbligo di emanare; la legalità dell'azione delle istituzioni è perciò soggetta al controllo giurisdizionale in quanto si espliciti in un atto o in una omissione. L'estensione del controllo sul rispetto della legalità dipende, quindi, in definitiva, da quella del controllo giurisdizionale, per cui laddove la tutela giurisdizionale presenti delle lacune sarà ugualmente limitato il controllo di legalità dell'azione condotta dalle istituzioni¹³.

Ciò permette di spiegare le ragioni che portano, in relazione al secondo e

¹¹ Peraltro, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sottolineato come «the rule of law implies, *inter alia*, that an interference by the executive authorities with an individual's rights should be subject to an effective control which should normally be assured by the judiciary, at least in the last resort, judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure» (così nella pronuncia nel caso *Klass v. Germany*, cit. *supra*, nota 2, par. 55).

¹² La Corte ha infatti ritenuto che «l'azione di annullamento deve potersi esperire nei confronti di qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni (indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma) che miri a produrre effetti giuridici»: sentenza 16 giugno 1993 in causa n. C-325/91, *Francia c. Commissione*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 3283 ss.

¹³ Anche per questa ragione (oltre che per garantire il rispetto del diritto delle persone alla tutela giurisdizionale effettiva), la Corte ha affermato che «le disposizioni del Trattato relative al diritto di impugnazione non possono essere interpretate restrittivamente» (sentenza 15 luglio 1963 in causa n. 25/62, *Plaumann c. Commissione*, in *Raccolta*, 1963, p. 197 ss.) e ha ritenuto che quando non sia previsto per le persone un mezzo di tutela nell'ordinamento comunitario, il controllo giurisdizionale debba essere comunque garantito a livello nazionale giacché «spetta agli Stati membri prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il rispetto del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva»; così nella sentenza nel caso *Unión de Pequeños Agricultores*, cit. *supra*, nota 6, par. 41. Su tale problematica cfr. il recente contributo di K. LENAERTS, *The Rule of Law and the Coherence of the Judicial system of the European Union*, *CMLR*, 2007, p. 1625 ss. il quale valorizza il ruolo del principio di legalità affermando che il controllo giurisdizionale comunitario è fondato «on the interlocking system of jurisdiction of the Community courts and the national courts which is cemented together by the principle of upholding the "rule of law" in the Union legal order» (p. 1659).

al terzo pilastro dell'Unione, ad un'affermazione assai meno incisiva del principio di legalità, se non ad una sua palese violazione¹⁴. Benché infatti sia da ritenere che i principi generali, in virtù anche dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea che ho sopra ricordato, operino altresì rispetto all'attività che le istituzioni conducono sulla base di tali pilastri, la mancanza di una qualsiasi competenza della Corte rispetto al secondo pilastro, e la presenza di una competenza alquanto limitata rispetto al terzo, ne rendono difficile una concreta affermazione¹⁵.

In effetti, è difficile obiettare al rilievo che l'assetto attuale del secondo e del terzo pilastro confligga con il principio di legalità¹⁶. Basti ricordare come, da una giurisprudenza ormai abbastanza ampia, risulti che non esistono strumenti per ottenere dalla Corte o dal Tribunale di primo grado un controllo sulla legittimità di norme del secondo pilastro che pregiudicano i diritti delle persone attraverso l'imposizione di misure restrittive e di sanzioni, generalmente adottate dal Consiglio in applicazione di risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite¹⁷. Il Trattato di Lisbona porterà a colmare in

¹⁴ Cfr. in proposito A. TIZZANO, *Brevi note sul terzo pilastro del trattato di Maastricht*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 391, il quale, riferendosi alla tutela delle prerogative delle istituzioni, sottolinea come «(...) il fatto che non ci sia la possibilità di ricorsi giurisdizionali, non vuol dire che non operino anche qui le garanzie dell'ordinamento» poiché è «in questione la stessa giuridicità dell'ordinamento, la quale non può prescindere da qualche forma di garanzia» (p. 399).

¹⁵ La limitatezza delle competenze della Corte nel secondo e nel terzo pilastro incide, come è stato osservato, «sullo stesso modo d'essere del diritto dell'Unione»: G. GAJA, *Caratteri del diritto dell'Unione europea concernenti il secondo ed il terzo pilastro*, in P. FOIS - R. CLERICI (a cura di), *I caratteri del diritto dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2007, p. 33.

¹⁶ La Corte ha tuttavia esteso il proprio controllo giurisdizionale anche ad atti adottati nell'ambito del terzo pilastro al fine di valutare se questi pregiudichino il Trattato CE, fondandosi sull'esigenza di accertare il rispetto dell'art. 47 del Trattato sull'Unione europea, ai sensi del quale «nessuna disposizione» del Trattato sull'Unione europea «pregiudica i trattati che istituiscono le Comunità europee (...)» (v. le sentenze 12 maggio 1998 in causa n. C-170/96, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2763 ss. e in questa *Rivista*, 1998, p. 393 ss. con commento di C. NOVI, *La competenza della Corte di giustizia in materia di atti contemplati dal Titolo VI del Trattato Ue*, 1998, p. 399 ss.; 13 settembre 2005 in causa n. C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 7879 ss. e 23 ottobre 2007 in causa n. C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, non ancora pubblicata). Un'ulteriore estensione del ruolo della Corte nell'ambito del terzo pilastro risulta dalla sentenza del 3 maggio 2007 nel caso *Advocated voor de Wereld* (causa n. C-303/05, in *Raccolta*, 2007, I, p. 3633 ss.) in cui si afferma che benché l'art. 35 del Trattato sull'Unione europea consenta alla Corte di pronunciarsi sulla validità o l'interpretazione soltanto delle decisioni e delle decisioni-quadro, ciò «implica necessariamente che, anche in mancanza di un'espressa competenza in tal senso, essa possa essere chiamata ad interpretare disposizioni del diritto primario (...) quando (...) la Corte è invitata a valutare se la decisione-quadro sia stata legittimamente adottata sul fondamento normativo di quest'ultima disposizione». Sugli orientamenti della Corte in relazione al terzo pilastro cfr. S. PEERS, *Salvation outside the church: Judicial protection in the third pillar after the Pupino and Segi judgments*, *CMLR*, 2007, p. 883 ss.

¹⁷ Come emerge in particolare dal caso *Segi* (ordinanza del Tribunale di primo grado 7 giugno 2004 in causa n. T-338/02, in *Raccolta*, 2004, II, p. 1647 ss.) in cui il Tribunale ha affermato che «per quanto riguarda l'assenza di tutela giurisdizionale effettiva fatta valere dai ricorrenti, si deve necessariamente rilevare che, con ogni probabilità, questi ultimi non hanno a disposizione nessuna tutela giurisdizionale effettiva, né dinanzi ai giudici comunitari né dinanzi ai giudici nazionali, contro l'iscrizione della Segi nell'elenco delle persone, dei gruppi o delle entità coinvolti in atti terroristici». Cfr. su tale problematica A. CIAMPI, *Sanzioni del Consiglio di sicurezza e diritti umani*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 244 ss.

parte tale lacuna, sia prevedendo in quest'ultima ipotesi uno specifico rimedio giurisdizionale¹⁸, sia comportando, rispetto alle materie attualmente oggetto del terzo pilastro, l'applicazione delle competenze giurisdizionali previste in via generale¹⁹; rimane invece esclusa la competenza della Corte in relazione alla politica estera e di sicurezza comune²⁰.

3. Le implicazioni della nozione di «comunità di diritto» rispetto alla condotta delle istituzioni, degli Stati membri ed alla tutela delle persone

La connotazione della Comunità europea quale «comunità di diritto» comporta, come ho sopra anticipato, una varietà di conseguenze, che si sono palesate gradualmente nella giurisprudenza, ed assume rilevanza rispetto all'attività delle istituzioni (soggetta, come si è sopra riferito, al Trattato ed ai principi generali), ma anche nei rapporti della Comunità con gli Stati membri (tenuti all'adempimento degli obblighi comunitari) e riguardo alle persone, in particolare conferendo a queste ultime il diritto di agire in giudizio per la tutela di diritti attribuiti da norme comunitarie e per far valutare la condotta delle istituzioni²¹.

Nei vari contesti nei quali la nozione è richiamata, essa assume caratteristiche e manifestazioni assai diverse.

Allorché si tratti dei rapporti tra le istituzioni dell'Unione, essa si pone quale garanzia dell'assetto di poteri delineato dal Trattato richiedendo un corretto svolgimento del procedimento normativo. Il principio di legalità si esplica, così, nella dimensione interna al sistema comunitario, assumendo la funzione di criterio regolatore dell'equilibrio tra le istituzioni nell'esercizio dei poteri ad esse conferiti.

¹⁸ Con il nuovo Trattato si attribuisce alla Corte (che assume il nome di Corte di giustizia *dell'Unione europea*) la competenza a pronunciarsi sui ricorsi di annullamento proposti dalle persone «riguardanti il controllo della legittimità delle decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio in base al titolo V, capo 2, del Trattato sull'Unione europea» (art. 240 *bis*, par. 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea).

¹⁹ L'art. 35 del Trattato sull'Unione europea è abrogato. Resta tuttavia un limite all'esercizio delle competenze della Corte poiché essa non potrà «esaminare la validità o la proporzionalità di operazioni condotte dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro o l'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna» (art. 240 *ter* del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea).

²⁰ Il nuovo art. 240 *bis* stabilisce che la Corte «non è competente per quanto riguarda le disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune, né per quanto riguarda gli atti adottati in base a dette disposizioni» (art. 240 *bis*, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea).

²¹ È, ad esempio, proprio questo principio che ha portato la Corte ad ammettere il controllo giurisdizionale sugli atti del Parlamento quando non era ancora previsto dal Trattato (sentenza 23 aprile 1986 in causa n. 294/83, *I Verdi*, cit. *supra*, nota 6).

Nei rapporti tra la Comunità ed i suoi Stati membri la nozione concerne essenzialmente la ripartizione delle rispettive competenze, ma opera anche nei procedimenti che vedono partecipi gli Stati membri, quali le indagini relative agli aiuti di Stato e il procedimento di infrazione; essa condiziona altresì, come verrà precisato più avanti, la condotta del legislatore e dell'amministrazione nazionale nell'attività, rispettivamente, di attuazione e di applicazione del diritto comunitario.

Rispetto alle persone fisiche e giuridiche, la nozione di comunità di diritto si ramifica nei numerosi principi – la certezza e la sicurezza del diritto, l'affidamento, la buona fede, l'irretroattività (...) – che, richiamati nella giurisprudenza della Corte di giustizia spesso senza tracciarne una rigorosa distinzione, operano nei procedimenti amministrativi comunitari, incidendo anche sulla individuazione degli effetti degli atti normativi e sui mezzi di tutela delle persone nei confronti di atti illegittimi.

Va infine segnalata, in una diversa prospettiva, l'incidenza che il diritto comunitario può produrre sul principio di legalità degli ordinamenti nazionali. In certi casi, infatti, l'esigenza di assicurare il rispetto di obblighi comunitari può, sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia, essere ritenuta preminente sul principio di legalità previsto a livello nazionale, determinandone talvolta una compressione.

Tale pluralità di ambiti di intervento di vari principi riconducibili a quello della legalità non significa, comunque, che non vi siano interrelazioni significative tra i diversi piani sui quali tali principi operano; il rispetto del principio di legalità nella dimensione interna al sistema comunitario, ad esempio, incide anche sul piano degli ordinamenti nazionali giacché un corretto svolgimento delle procedure normative comunitarie influenza il contenuto di atti che poi, direttamente o attraverso la mediazione di norme interne, troveranno applicazione negli Stati membri.

Nel sistema comunitario, quindi, è difficile configurare un unico principio di legalità²²; si riscontra piuttosto un insieme di regole e principi, diversi nella loro specifica finalità e nella loro origine, che convergono tutti nel garantire che l'ordinamento giuridico comunitario risponda a regole di certezza e, in definitiva, di ragionevolezza e di non arbitrarietà, nell'adozione e applicazione – sia a livello comunitario sia nazionale – delle disposizioni del Trattato e delle norme derivate. Tale connotazione del principio è peraltro assai accentuata nell'ordinamento comunitario, sia in quanto esso deriva dalla compenetrazione dei diversi sistemi giuridici degli Stati membri e quindi ri-

²² Anche in riferimento agli ordinamenti interni è stato peraltro prospettato un analogo rilievo: cfr. A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 91 ss. il quale rileva come da un esame della giurisprudenza italiana emerga «una pluralità di principi di legalità, operanti in ambiti differenti, con consistenza diversa in relazione a ogni singolo ambito» (p. 93).

flette – ed amplifica – la varietà di significati del principio di legalità, sia perché ai principi che, nella prospettiva della Corte, caratterizzano la «comunità di diritto», se ne affiancano altri – quali i principi della sussidiarietà e della proporzionalità – che comportano ulteriori limiti all'attività delle istituzioni, definibili solo in relazione a specifiche ipotesi concrete.

4. Il principio di legalità nella dimensione interna al sistema comunitario

Le caratteristiche di autonomia che assume il rispetto della legalità nell'ordinamento comunitario rendono non sempre proficua, a volte vana o fuorviante, un'operazione diretta a valutare in quale misura il sistema della Comunità soddisfi i requisiti – così come individuati rispetto agli ordinamenti nazionali – del principio di legalità.

È evidente, ad esempio, come una valutazione del sistema comunitario alla luce del principio di separazione dei poteri – ritenuto a livello interno uno degli elementi tipici del principio di legalità – condurrebbe di certo a prospettare una palese violazione²³. Le istituzioni comunitarie esercitano, infatti, funzioni allo stesso tempo di carattere amministrativo e legislativo²⁴, mentre è ben noto come la Corte di giustizia svolga un ruolo non solo giurisdizionale ma quasi normativo, spesso sopperendo così, come è avvenuto soprattutto in

²³ L'impossibilità di applicare il principio della separazione dei poteri rispetto alle organizzazioni internazionali è stato affermato, con particolare riguardo all'organizzazione delle Nazioni Unite, dal Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, nella decisione del 2 ottobre 1995 nel caso *Tadić* (in *Riv. dir. int.*, 1995, p. 1016 ss.); ivi si legge che «the legislative, executive and judicial division of powers which is largely followed in most municipal systems does not apply to the international setting nor, more specifically, to the setting of an international organization such as the United Nations. Among the principal organs of the United Nations the division between judicial, executive and legislative functions are not clear cut. [...] It is clearly impossible to classify the organs of the United Nations into the above-discussed divisions which exist in the national law of States» (par. 43). Si può prospettare, tuttavia, che riguardo all'ordinamento comunitario l'evoluzione costituzionale del sistema – che per alcuni tratti tende ad avvicinarsi a quello statale piuttosto che al modello delle organizzazioni internazionali – e la particolare incidenza che le norme comunitarie producono negli ordinamenti nazionali inducano a sostenere l'esigenza di uno sviluppo istituzionale maggiormente conforme al modello di separazione dei poteri, in particolare accentuando il ruolo del Parlamento europeo. Le procedure normative che oggi conferiscono un più ampio potere al Parlamento non consentono ancora di ricostruire il sistema comunitario come rispondente al principio di democrazia (cfr. in tal senso G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari-Roma, GLF Editori Laterza, 2007, p. 29), benché la Corte abbia affermato che tale principio debba operare anche nell'ordinamento comunitario (sentenza 29 ottobre 1980 in causa n. 138/79, *Roquette Frères*, in *Raccolta*, 1980, p. 3333 ss.), e, peraltro, tali procedure rendono assai farraginoso l'adozione degli atti.

²⁴ Si può rilevare che, del resto, anche negli ordinamenti nazionali la divisione dei poteri non sempre segue delle linee rigorose, come si manifesta, ad esempio, nell'ordinamento italiano in relazione all'adozione di "leggi provvedimento" attraverso le quali il Parlamento tende a svolgere un'attività sostanzialmente amministrativa (cfr. in proposito F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 10 ss.).

una prima fase di sviluppo della Comunità, alle difficoltà di funzionamento dei procedimenti decisionali delle istituzioni politiche²⁵.

Comunque sia, un'analisi della legalità dell'ordinamento comunitario sotto il profilo interno al sistema deve condursi in una prospettiva radicalmente diversa da quella "tradizionale" della separazione dei poteri. Si deve infatti muovere dal presupposto che nell'ordinamento comunitario i poteri delle istituzioni non sono definiti – ed attribuiti – secondo una linea di demarcazione che corrisponda alla *natura* degli stessi poteri, in particolare considerando se si tratti di poteri configurabili, secondo le categorie nazionali, come legislativi o esecutivi. Come la Corte ha riconosciuto, il Trattato, infatti, ha delineato «un sistema di ripartizione delle competenze tra le varie istituzioni della Comunità, secondo il quale ciascuna svolge una propria specifica funzione nella struttura istituzionale della Comunità e nella realizzazione dei compiti affidatile»²⁶. È chiaro, dunque, come nella definizione delle competenze non rilevi la *natura* del potere esercitato, ma la *ripartizione* di ciascun potere tra le varie istituzioni che è delineata dal Trattato.

La legalità si esplica così attraverso un diverso principio, quello dell'equilibrio istituzionale, che tende a regolamentare l'esercizio, da parte delle istituzioni politiche, delle rispettive competenze salvaguardando il ruolo che a ciascuna di esse è affidato nel sistema nel suo complesso²⁷; ciò si connette alla circostanza che le istituzioni politiche, come pure gli organi consultivi che possono intervenire nel procedimento normativo, sono portatori di una varietà di interessi, che devono tutti trovare espressione e considerazione nell'esercizio dei poteri attribuiti dal Trattato. Sotto questo profilo la legalità comunitaria coincide, quindi, con la salvaguardia delle prerogative di ciascuna istituzione in quanto l'assetto configurato dal Trattato richiede una «composizione» dei diversi interessi dei quali tali istituzioni sono portatrici. Il principio dell'«equilibrio istituzionale» comporta, in definitiva – come la Corte ha affermato –, «che ogni istituzione eserciti le proprie competenze nel rispetto di quelle delle altre istituzioni»; tale principio – essa aggiunge – impone che «possa essere sanzionata qualsiasi eventuale violazione di detta regola»²⁸, prospettando così che sia la Corte stessa a svolgere il compito – che evidentemente presenta una valenza politica di particolare rilevanza – di vegliare sul rispetto della ripartizione di poteri delineata dal Trattato. Un ulteriore elemento di flessibilità nella valutazione condotta dalla giurisprudenza circa il rispetto delle regole procedurali deriva dalla circostanza che il Trattato enuncia tra i

²⁵ Sul ruolo «normativo» esercitato dalla Corte di giustizia, cfr. P. MENGOZZI, *La "rule of law" e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, p. 511 ss.

²⁶ Sentenza 22 maggio 1990 in causa n. 70/88, *Parlamento europeo c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 2041 ss., par. 21.

²⁷ Cfr. J.-P. JACQUÉ, *The Principle of Institutional Balance*, *CMLR*, 2004, p. 383 ss.

²⁸ Sentenza 22 maggio 1990 in causa n. 70/88, *Parlamento europeo c. Consiglio*, *loc. cit.*

vizi di legittimità dell'atto la violazione delle forme *sostanziali*; ne deriva che, nell'esercizio del controllo in merito al comportamento del legislatore, sussiste la discrezionalità della Corte nel valutare quali formalità abbiano un carattere sostanziale e, quindi, siano tali da determinare l'illegittimità dell'atto. Nella prassi, la Corte esclude il carattere sostanziale di violazioni che non pregiudicano la posizione delle istituzioni o che comunque non incidono sul contenuto dell'atto, come quando manchi l'indicazione del fondamento giuridico ma questo sia comunque desumibile dal contesto dell'atto²⁹.

Tale assetto istituzionale trova un preciso riscontro nella giurisprudenza comunitaria diretta a salvaguardare in un'ottica sostanziale e non meramente formale i poteri attribuiti alle istituzioni dal Trattato³⁰; ne è un esempio emblematico la valorizzazione dei pareri obbligatori del Parlamento europeo che la Corte, richiamandosi all'esigenza che il principio della democrazia sia rispettato anche nel sistema comunitario, ha ritenuto una condizione di legittimità dell'atto normativo derivato³¹.

Nella determinazione delle relazioni tra le istituzioni politiche assume rilievo anche il principio di «leale cooperazione», che non trova espressione nel Trattato istitutivo, ma è stato ricostruito dalla Corte fondandosi in via analogica sull'art. 10 di tale Trattato che lo enuncia in merito ai rapporti tra gli Stati membri e la Comunità. Anche per l'assenza di un riferimento esplicito, la valutazione discrezionale che la Corte può compiere circa il rispetto di tale principio, dal quale pure derivano limiti significativi alla condotta delle istituzioni, è particolarmente ampia, lasciando così margini di incertezza sul contenuto che esso può assumere in casi concreti. Il principio sembra operare, in sostanza, quale contrappeso rispetto alle prerogative riconosciute alle istituzioni; tali prerogative possono, infatti, incontrare un limite quando l'istituzione stessa abbia tenuto un comportamento non corretto anche se questo non si traduce nella violazione di una regola espressa dal Trattato (come, in particolare, nel caso in cui il Parlamento europeo abbia differito immotivatamente l'adozione di un parere obbligatorio, per l'adozione del quale il Trattato non impone un termine; in tal caso la violazione del principio di leale cooperazione esclude la conseguenza della illegittimità dell'atto adottato dal Consiglio in mancanza del parere obbligatorio³²).

²⁹ Cfr. sentenza 26 marzo 1987 in causa n. 45/86, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1987, p. 1493 ss. Per una recente rassegna della giurisprudenza comunitaria riguardo al fondamento giuridico degli atti cfr. la nota di M. VARJU al caso *Reynolds Tobacco*, *CMLR*, 2007, p. 1101 ss.

³⁰ Nella sentenza 23 febbraio 1988 in causa n. 68/86, *Gran Bretagna c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1988, p. 855 ss. la Corte afferma che «le regole relative alla formazione della volontà delle istituzioni trovano la loro fonte nel Trattato e (...) non sono derogabili né dagli Stati membri né dalle stesse istituzioni».

³¹ Nella già ricordata sentenza del 29 ottobre 1980 in causa n. 138/79, *Roquette Frères*, *cit. supra*, nota 23.

³² Sentenza 30 marzo 1995 in causa n. C-65/93, *Parlamento c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1995, I,

Una ulteriore peculiarità nella prospettiva interna al sistema deriva dalla mancanza nell'ordinamento comunitario di una gerarchia delle fonti derivate (regolamenti, direttive e decisioni, pur avendo caratteristiche diverse, si trovano infatti tutti sullo stesso piano); non è perciò possibile riscontrare attualmente nell'ordinamento comunitario un principio ravvicinabile alla «riserva di legge». Tuttavia, la Corte di giustizia, seguendo un approccio pragmatico, ha ritenuto conforme al Trattato la prassi consistente nel seguire un procedimento normativo semplificato per l'adozione di atti di esecuzione che hanno la funzione di integrare il contenuto di un "regolamento-base" o di una "direttiva-base" ed in questi trovano il proprio fondamento giuridico; tale prassi, ampiamente seguita dalle istituzioni specie nei settori di carattere prettamente tecnico, tende evidentemente a ritagliare dei margini di flessibilità nel sistema normativo comunitario, limitando l'esigenza del ricorso ai complessi procedimenti previsti dal Trattato. La Corte nell'avvalorare tale tecnica ha considerato che «non si può pretendere che tutti i particolari dei regolamenti o delle direttive relativi alla politica agricola comune siano fissati dal Consiglio mediante il procedimento di cui all'art. 43 del Trattato» (par. 23)³³; tuttavia, allorché l'adozione della norma di esecuzione avvenga secondo un procedimento semplificato che prescinde dall'intervento del Parlamento europeo, l'esigenza di evitare una violazione delle prerogative di tale istituzione richiede che la norma di esecuzione sia conforme al regolamento-base o alla direttiva-base adottati secondo i procedimenti normativi «ordinari» previsti dal Trattato. La Corte ritiene che il principio di legalità sia soddisfatto allorché i «punti essenziali»³⁴ della disciplina siano regolati da un atto-base, adottato secondo le procedure previste dal Trattato. Ne risulta così una gerarchia tra l'atto-base e le relative norme di esecuzione, giacché queste ultime devono essere conformi al primo quando trovano in esso il loro fondamento normativo³⁵. È evidente come anche in questo caso la soluzione della Corte, che po-

p. 643 ss.

³³ Sentenza 18 giugno 1996 in causa n. C-303/94, *Parlamento c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 2943 ss.

³⁴ *Ibidem*. Cfr. anche le sentenze 17 dicembre 1970 in causa n. 25/70, *Köster*, in *Raccolta*, 1970, p. 1161 ss.; 29 marzo 1979 in causa n. 113/77, *NTN Toyo*, in *Raccolta*, 1979, p. 1185 ss. e 18 giugno 1996 in causa n. C-303/94, *Parlamento c. Consiglio*, *loc. cit.* (in quest'ultima pronuncia la Corte annulla un atto del Consiglio poiché non era conforme alla direttiva-base sulla quale era fondato). Nel seguire lo stesso orientamento, il Tribunale di primo grado si è richiamato al principio di legalità affermando che, in relazione alla gerarchia delle fonti, occorre garantire «i principi di legalità, di certezza del diritto e di buona amministrazione» (sentenza 27 febbraio 1992 in causa n. T-79/89, *BASF e al. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1992, II, p. 315 ss.).

³⁵ Il Trattato che adotta la costituzione per l'Europa aveva introdotto una gerarchia delle fonti individuando la categoria degli atti legislativi, emanati secondo il procedimento normativo della co-decisione, sovraordinati rispetto agli atti regolamentari, di esecuzione ed esecutivi; cfr. G. GAJA, *Le ambiguità del nuovo regolamento europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 151 ss.; P. ACCONCI, *Quale gerarchia delle fonti nel nuovo diritto dell'Unione?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, p. 253 ss.; E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti dell'Unione europea?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, p. 651 ss.; F. DONATI, *Le fonti del diritto dell'Unione*, in G. MORBIDELLI - F. DONATI (a

tremmo ricondurre al principio di legalità, sia motivata piuttosto dall'esigenza di evitare che la prassi di adozione di norme di esecuzione secondo un procedimento semplificato, pur utile dal punto di vista del funzionamento dell'organizzazione, si traduca in uno strumento suscettibile di pregiudicare l'assetto dei poteri delle istituzioni (e quindi degli interessi che queste esprimono) voluto dal Trattato.

Inoltre, senza scendere, a questo riguardo, nei dettagli di una giurisprudenza piuttosto eterogenea, alcuni limiti alla condotta delle istituzioni derivano da atti normativi che stabiliscono procedure, come ad esempio la decisione sulla comitatologia³⁶, nonché da atti – quali i regolamenti interni³⁷ o gli accordi interistituzionali³⁸ – riconducibili sostanzialmente al potere di auto-organizzazione di ciascuna istituzione. In tali ipotesi, la Corte ricostruisce dei limiti formali all'esercizio dell'azione normativa, sul presupposto che l'impegno che l'istituzione si assume di conformarsi a determinate procedure comporti che queste siano intese quali «regole relative all'applicazione del Trattato» ai sensi dell'art. 230 del Trattato CE (che enuncia i vizi degli atti derivati) e vengano così elevate a parametro di legittimità dell'attività delle istituzioni.

Un'attenuazione nell'applicazione rigorosa del principio di legalità potrebbe essere riscontrata nella giurisprudenza della Corte che avvalora l'adozione da parte delle istituzioni di atti atipici non previsti dal Trattato. Allorché, come frequentemente avviene, si tratti di atti adottati dal Consiglio – quali risoluzioni, dichiarazioni, orientamenti (...) – è verosimile che l'orientamento della Corte sia motivato dalla volontà di dare rilievo alla prassi degli

cura di), *Una costituzione per l'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 109 ss. Il Trattato di Lisbona non accoglie le modifiche previste dal Trattato costituzionale, mantenendo sostanzialmente inalterato l'attuale sistema delle fonti (l'unica modifica rilevante apportata all'art. 249 concerne la decisione, che potrà anche non avere un destinatario determinato giacché si afferma che essa «se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi»).

³⁶ Decisione n. 99/468 del 28 giugno 1999 (*Guce* n. L 184 del 28 giugno 1999). Cfr. in proposito la sentenza 21 gennaio 2003 in causa n. C-378/00, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 937 ss. dove si afferma che benché la decisione sulla comitatologia, costituendo un atto derivato, non può integrare le norme del Trattato, tuttavia, giacché l'art. 202 del Trattato CE sul quale la decisione è fondata prevede che il Consiglio «è legittimato a stabilire principi e norme cui devono rispondere le modalità di esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione», di conseguenza «tali principi e tali norme devono (...) essere rispettati (...)» (par. 40).

³⁷ Cfr. la sentenza del Tribunale di primo grado del 17 dicembre 1991 in causa n. T-4/89, *BASF*, in *Raccolta*, 1991, II, p. 1523, in cui è riconosciuto che le persone possono invocare la violazione del regolamento interno per sostenere l'illegittimità di un atto in quanto il regolamento tutela la sicurezza giuridica. In un altro caso un atto è stato annullato per violazione del regolamento interno su ricorso di uno Stato membro (si trattava di una direttiva che era stata adottata secondo la procedura scritta nonostante l'opposizione del Regno Unito, in violazione del regolamento interno del Consiglio che esige il consenso di tutti i membri per ricorrere a tale procedura: sentenza 23 febbraio 1988 in causa n. 68/86, *Regno Unito c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1988, p. 855 ss.).

³⁸ La Corte ha riconosciuto che dagli accordi interistituzionali (che devono essere conformi al Trattato, come indicato nella già ricordata sentenza 23 aprile 1986 in causa n. 294/83, *I Verdi*, cit. *supra*, nota 6, par. 44) deriva un vincolo per le istituzioni, ed ha perciò annullato una decisione del Consiglio per violazione di un accordo con la Commissione (sentenza 19 marzo 1996 in causa n. C-25/94, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1469 ss.).

Stati membri, non diversamente da quanto normalmente si verifica nell'ambito delle organizzazioni internazionali. Benché la Corte non ponga limiti alla libertà delle istituzioni di adottare atti che – se non altro nella loro denominazione piuttosto che nelle loro caratteristiche (giacché alcuni atti atipici sono sostanzialmente riconducibili alla raccomandazione) – siano diversi da quelli tipizzati nel Trattato, essa si riserva tuttavia il potere di valutare la effettiva natura dell'atto ed eventualmente di annullarlo qualora accerti che esso produce effetti giuridici. Se ne può desumere che l'atto atipico non soltanto non può derogare al Trattato, ma può presentare un carattere meramente programmatico o dichiarativo, ad esclusione, comunque, della possibilità che da esso risulti qualsiasi obbligo per gli Stati membri o per le persone. In tal modo, quindi, l'attività normativa ulteriore, pur consentita alle istituzioni, incontra limiti ben definiti, non potendo incidere sulla situazione soggettiva delle persone né limitare quanto risulta dal Trattato o dalle fonti derivate tipiche.

5. Il principio di legalità nei rapporti con gli Stati membri

Se si guarda invece al principio di legalità nei suoi riflessi *esterni* al sistema comunitario, l'elemento centrale nella individuazione dei limiti ai poteri delle istituzioni è senz'altro quello che attiene all'esercizio delle competenze della Comunità in rapporto a quelle degli Stati membri. Funzionale al rispetto della ripartizione delle competenze è il requisito del fondamento giuridico, per cui ogni atto comunitario deve trovare la sua base in una disposizione del Trattato che attribuisce alla Comunità il potere di adottarlo³⁹, essendo quest'ultima priva di una competenza generale⁴⁰.

Tale sistema di attribuzione delle competenze, se considerato alla luce del principio di legalità, pone, in realtà, alle istituzioni politiche comunitarie vincoli più stringenti di quelli che sussistono rispetto all'attività degli organi le-

³⁹ Ogni atto comunitario deve trovare la sua base giuridica in una disposizione del Trattato (cfr. ad esempio la sentenza 21 settembre 1983 in causa n. 205/82, *Deutsche Milchkontor*, in *Raccolta*, 1983, p. 2633 ss.), e tale disposizione non solo delinea il settore nel quale l'azione è consentita, ma prescrive anche quale procedura legislativa debba essere seguita e in che modo il Consiglio sia tenuto a deliberare ai fini dell'adozione dell'atto normativo. La disposizione che concerne l'ambito oggettivo dell'azione disciplina, quindi, tendenzialmente ogni aspetto del potere che l'istituzione esercita. Spesso la disposizione indica anche quale atto normativo possa essere utilizzato; talvolta essa si riferisce invece genericamente a «misure», «norme» o a «disposizioni» lasciando così alle istituzioni un potere discrezionale che, tuttavia, incontra, nelle materie di competenza concorrente, il limite del principio della sussidiarietà. Quest'ultimo investe, infatti, anche la scelta dell'atto normativo richiedendo che si ricorra allo strumento che prospetta un intervento comunitario più ridotto («(...) la direttiva invece del regolamento, la direttiva-quadro invece di quella dettagliata»: Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, allegato al Trattato CE, par. 6).

⁴⁰ Il Trattato di Lisbona intende chiarire tale sistema aggiungendo alla enunciazione del principio di attribuzione già prevista dall'art. 5 del Trattato CE, una nuova disposizione che precisa che «qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei Trattati appartiene agli Stati membri» (art. 3 *bis*).

gislativi negli ordinamenti nazionali. L'attività normativa comunitaria deve infatti essere diretta al raggiungimento di fini predeterminati dalla fonte primaria e, dunque, è vincolata non solo al rispetto di regole formali ma altresì a limiti di contenuto. La scelta del fondamento giuridico acquista così non solo una valenza formale, ma anche una connotazione politica, determinando l'ambito e le finalità dell'azione normativa. Anche sotto questo profilo il controllo del rispetto del principio di legalità è affidato alla funzione della Corte, che perciò afferma che «la scelta del fondamento giuridico di un atto non può dipendere solo dal convincimento di un'istituzione circa lo scopo perseguito, ma deve basarsi su elementi oggettivi suscettibili di sindacato giurisdizionale»⁴¹.

Il ruolo delle istituzioni risulta quindi vincolato in ragione della determinazione "costituzionale" dei fini attribuiti all'azione normativa, cui si aggiunge l'ulteriore esigenza – anche questa eventualmente valutata dalla Corte – di giustificare l'esercizio del potere attribuito sulla base dei principi della sussidiarietà (allorché si tratti di competenze di carattere concorrente) e della proporzionalità (per qualsiasi azione normativa). È vero che riguardo al rispetto di tali principi, nonché più in generale in merito alla coerenza tra il contenuto dell'atto e le finalità da esso perseguite, l'esame della Corte è talora alquanto superficiale⁴² e, soprattutto in certi settori, come l'agricoltura, essa riconosce l'ampia discrezionalità dei poteri conferiti alle istituzioni anche nell'effettuare un bilanciamento tra interessi contrapposti⁴³, riservandosi perciò di valutare soltanto se non vi sia un «errore manifesto, uno sviamento di potere o se l'autorità non abbia manifestamente superato i limiti del suo potere discrezionale»⁴⁴. Non mancano casi, tuttavia, nei quali la Corte ha condotto un'analisi molto puntuale circa la rispondenza al Trattato degli obiettivi perseguiti dal legislatore comunitario⁴⁵, andando finanche a verificare se una normativa per-

⁴¹ Sentenza 26 marzo 1987 in causa n. 45/86, *Commissione c. Consiglio*, cit. supra, nota 29, par. 11. Cfr. anche la sentenza 11 settembre 2003 in causa n. C-211/01, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 8913 ss.

⁴² Come, ad esempio, nella sentenza 19 marzo 1992 in causa n. C-311/90, *Hierl*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 2061 ss. in cui la Corte, chiamata a valutare in via pregiudiziale se un regolamento fosse in contrasto con il principio della parità di trattamento, si limita ad osservare che dal «fascicolo non risulta alcun elemento nel senso che la normativa di cui trattasi sia inappropriata alla realizzazione del fine così legittimamente perseguito o che sia sproporzionata rispetto al risultato voluto» (par. 11).

⁴³ Cfr. ad esempio la sentenza 5 ottobre 1999 in causa n. C-179/95, *Spagna c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 6475 ss.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Come nella pronuncia con la quale è stata annullata la direttiva sul divieto di pubblicità dei prodotti di tabacco (sentenza 5 ottobre 2000 in causa n. C-376/98, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 8419 ss.; cfr. anche la sentenza 12 maggio 2005 in causa n. C-347/03, *Regione Friuli-Venezia Giulia c. Ministero per le politiche agricole*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 3785 ss.).

segua «uno scopo legittimo di interesse generale»⁴⁶, e quindi entrando, così, nel merito di scelte di politica legislativa.

Al fine di individuare un criterio che possa spiegare la varietà degli orientamenti della giurisprudenza comunitaria sopra riferiti, si può prospettare che la Corte svolga un'analisi più rigorosa laddove l'atto sia stato adottato a maggioranza qualificata, mentre avvalori in genere le scelte degli Stati membri in presenza di una delibera unanime; ciò si colloca verosimilmente nell'ambito di un orientamento di politica giudiziaria diretto a non frenare il processo di integrazione laddove si verifichi una convergenza degli Stati membri verso l'adozione di una determinata disciplina. Per le stesse ragioni non si riscontra un orientamento molto rigoroso neppure rispetto all'utilizzo dell'art. 308, che si configura come una sorta di "valvola di sicurezza" del sistema che consente, all'unanimità e con la mera consultazione del Parlamento europeo, l'adozione di atti normativi necessari a raggiungere gli scopi della Comunità quando il Trattato non preveda i necessari poteri d'azione; infatti, gli unici vincoli significativi che la Corte ha ricostruito al ricorso a tale disposizione attengono alla salvaguardia dei poteri delle istituzioni⁴⁷. Considerazioni analoghe possono svolgersi rispetto alla giurisprudenza della Corte nella quale è controllata la conformità degli atti comunitari al principio della sussidiarietà⁴⁸.

La Corte, del resto, non incontra limiti al proprio potere di valutazione se non quelli di carattere formale che discendono dalle regole che le attribuiscono le competenze, e, peraltro, il Trattato avvalorava l'esercizio di un'ampia discrezionalità, sia affidando alla Corte, ed ora anche al Tribunale, la funzione generale di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato, sia prevedendo in modo assai generico i vizi degli atti normativi⁴⁹.

Un ulteriore elemento di flessibilità è introdotto dai criteri interpretativi utilizzati dalla Corte nella ricostruzione dei poteri attribuiti alle istituzioni. Il ricorso ai criteri dell'interpretazione teleologica ed evolutiva e ancor più alla

⁴⁶ Sentenza 12 maggio 2005 in causa n. C-347/03, *Regione Friuli-Venezia Giulia*, cit. supra, nota 45, par. 129. V. anche la sentenza 13 dicembre 1994 in causa n. C-306/93, *SMW Winzersekt*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 5555 ss.

⁴⁷ La Corte ha normalmente avvalorato l'adozione degli atti adottati in base a tale disposizione senza procedere ad una valutazione rigorosa della presenza dei presupposti nella stessa enunciati, configurando un limite al suo utilizzo solo in relazione all'esigenza di garantire l'equilibrio istituzionale e di favorire il processo di integrazione; essa ha infatti affermato che il ricorso all'art. 308 è ammissibile solo quando nessun'altra disposizione del Trattato consenta l'adozione dell'atto (sentenza 26 marzo 1987 in causa n. 45/86, *Commissione c. Consiglio*, cit. supra, nota 29); ciò tende ad evitare che il ricorso all'art. 308 pregiudichi il ruolo del Parlamento europeo, al quale è riconosciuta da tale disposizione una funzione meramente consultiva, e determini un contenuto meno significativo dell'atto a motivo del requisito dell'unanimità della delibera del Consiglio richiesto ai fini della sua adozione.

⁴⁸ Cfr. ad esempio le sentenze 9 ottobre 2001 in causa n. C-377/98, *Paesi Bassi c. Parlamento europeo*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 7079 ss. e 12 luglio 2005 in causa n. C-154/04, *Alliance for Natural Health*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 6451 ss.

⁴⁹ Tra l'altro, come si è già notato più sopra, in relazione alla violazione delle forme sostanziali.

teoria dei poteri impliciti – che la Corte ha utilizzato per estendere le competenze della Comunità⁵⁰, anche rafforzando il ruolo delle istituzioni⁵¹ – ampliano significativamente i poteri attribuiti ben al di là di quanto il dato letterale della disposizione del Trattato che li conferisce possa lasciare intendere. Inoltre, un criterio interpretativo tipico della giurisprudenza comunitaria – il c.d. "effetto utile" – porta in sostanza ad estendere ulteriormente i poteri delle istituzioni in quanto privilegia, nell'interpretazione delle disposizioni del Trattato e degli atti normativi, il significato che ne consente una effettiva (e perciò "utile") applicazione.

Un'interpretazione estensiva dei poteri delle istituzioni potrebbe, in effetti, apparire un *vulnus* del principio di legalità consentendo l'esercizio di poteri non previsti dal Trattato. Tale problematica appare chiaramente da un caso in cui il Governo italiano sosteneva che un'interpretazione estensiva di una disposizione di un regolamento fosse «contraria al principio di stretta legalità del potere decisionale della Commissione ai sensi dell'art. 155, terzo e quarto trattino del Trattato»⁵² (par. 30). La Corte respinge tale argomento affermando che ai fini dell'interpretazione di una norma di diritto comunitario si deve tener conto «non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte» (par. 31). Tale flessibilità interpretativa rispetto alla determinazione dei poteri delle istituzioni non costituirebbe perciò una violazione del principio di legalità, in quanto il rafforzamento degli strumenti a disposizione delle istituzioni che ne deriva è funzionale al raggiungimento di obiettivi enunciati nel Trattato e, quindi, condivisi dagli Stati membri. Se tale argomentazione è coerente con gli orientamenti di politica giudiziaria diretti a favorire l'integrazione, essa potrebbe però pregiudicare il principio di certezza del diritto – anch'esso parte, come poco oltre avrò modo di ricordare, del sistema comunitario delle fonti – creando una situazione di non prevedibilità e non determinatezza circa i poteri esercitabili dalle istituzioni, almeno fino a quando la Corte non abbia l'occasione di pronunciarsi sull'interpretazione della disposizione che li conferisce.

⁵⁰ Ad esempio, riconoscendo una competenza (implicita) della Comunità a concludere accordi con Stati terzi laddove sussista un potere normativo per la medesima materia oggetto dell'accordo (sentenza 31 marzo 1971 in causa n. 22/70, *Aets*, in *Raccolta*, 1971, p. 263 ss.).

⁵¹ Ritenendo, ad esempio, che alla Commissione spetti il potere implicito di obbligare gli Stati membri a fornirle certe informazioni in quanto funzionali all'esercizio del suo potere esplicito di organizzare delle consultazioni (sentenza 9 luglio 1987 in cause riunite n. 281, n. 283-285, n. 287/85, *Germania, Francia, Paesi Bassi, Danimarca e Regno Unito c. Commissione*, in *Raccolta*, 1987, p. 3203 ss.).

⁵² Sentenza 18 gennaio 2001 in causa n. C-361/98, *Italia c. Commissione*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 385 ss. Si trattava dell'impugnazione da parte dell'Italia della decisione con cui la Commissione imponeva di non applicare le norme nazionali concernenti la ripartizione del traffico aereo nel sistema aeroportuale di Milano.

6. Principio comunitario di legalità e tutela delle persone

Il principio di legalità nella prospettiva della tutela delle persone si esprime, nell'ordinamento comunitario, attraverso due diverse forme.

In primo luogo, mediante l'enunciazione di principi che concernono il procedimento amministrativo comunitario (quali il contraddittorio, il diritto di essere ascoltati, la riservatezza, l'accesso ai documenti), che operano nei casi, peraltro non molto frequenti, di amministrazione diretta comunitaria⁵³.

In secondo luogo, esso assume rilevanza riguardo agli effetti degli atti comunitari, operando essenzialmente quale garanzia della "stabilità" dell'atto normativo comunitario; tale carattere è stato spesso richiamato dalla Corte, ad esempio ammettendo solo entro limiti molto rigorosi la revocabilità di un atto comunitario⁵⁴, ovvero negando l'obbligo per l'istituzione di riesaminare un atto simile ad un atto annullato⁵⁵ o, ancora, affermando che «un atto di portata generale non può essere modificato implicitamente da una decisione individuale»⁵⁶. L'esigenza di assicurare la stabilità dell'atto deve essere bilanciata, tuttavia, con altri principi; ciò emerge con chiarezza dalla giurisprudenza comunitaria giacché la Corte si è espressamente riferita alla necessità di «salvaguardare l'equilibrio tra due esigenze fondamentali, ma talvolta confliggenti, cui deve ispirarsi un ordinamento giuridico, e precisamente, la stabilità dei rapporti giuridici, da un lato, e il rispetto della legge, dall'altro». Da tale ragionamento la Corte ha tratto in particolare la conseguenza che in «casi del tutto estremi» un atto possa essere ritenuto inesistente a motivo della gravità dei vizi che lo interessano⁵⁷.

Nell'effettuare tale valutazione la Corte si richiama essenzialmente ai principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento, senza operare peraltro una distinzione rigorosa tra gli stessi e collegandoli con ulteriori principi generali tratti dagli ordinamenti degli Stati membri. Così, in partico-

⁵³ Casi peraltro ulteriormente ridotti a seguito del decentramento nell'applicazione delle norme sulla concorrenza operato in base al regolamento n. 1/2003 sull'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE.

⁵⁴ Inoltre, la Corte ha ritenuto che quando una direttiva sia stata abrogata da una direttiva successiva se «il legislatore non ha inteso mettere in discussione i diritti e gli obblighi sorti durante la vigenza della direttiva» previgente, la direttiva successivamente adottata «si applica unicamente alle situazioni di diritto che si sono venute a creare a partire» dalla sua entrata in vigore (sentenza 19 settembre 2006 in causa n. C-392/04, *i-21 Germany*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 8559 ss., par. 24; sulla quale cfr. il commento di TABOROWSKI, *CMLR*, 2007, p. 1463 ss.).

⁵⁵ Sentenza 14 settembre 1999 in causa n. C-310/97 P, *Kraft*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 5363 ss.

⁵⁶ Sentenza 24 marzo 1993 in causa n. C-313/90, *CIRFS*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1125 ss. ove si afferma che «un atto di portata generale non può essere modificato implicitamente da una decisione individuale» (par. 44). Tale orientamento conduce in effetti a delineare una gerarchia tra atto generale e individuale benché nell'ordinamento comunitario non sussista, come si è sopra ricordato (*supra*, p. 12) una gerarchia tra le fonti derivate.

⁵⁷ Sentenza 15 giugno 1994 in causa n. C-137/92, *Commissione c. BASF*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 2555 ss., par. 49-50.

lare, il principio della certezza del diritto presuppone la conoscibilità preventiva della regola che sarà applicata e si collega, quindi, al principio di trasparenza, al quale la Corte attribuisce particolare rilevanza affinché sia consentita una tutela agevole, e quindi effettiva, dei diritti conferiti alle persone da norme comunitarie⁵⁸; ciò adempie peraltro, nella logica della Corte, non solo alla funzione di tutela delle persone, ma anche a quella di garantire la piena efficacia applicativa della norma comunitaria.

In base al principio dell'affidamento, la Corte ha riconosciuto, tra l'altro, che anche atti non vincolanti – come le comunicazioni della Commissione – possono ingenerare negli interessati un affidamento circa le modalità di esercizio del potere dell'istituzione; perciò, una volta enunciate in una comunicazione le modalità di esercizio del proprio potere, la Commissione non potrebbe in casi concreti discostarsene. Tuttavia, laddove sussista una discrezionalità delle istituzioni, «gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sulla conservazione di una situazione esistente»⁵⁹, ed è assai difficile soddisfare le condizioni affinché sorga la responsabilità extracontrattuale della Comunità per i danni prodotti da un atto normativo illegittimo⁶⁰.

Non mancano peraltro ulteriori risvolti negativi dell'applicazione di tali principi sotto il profilo della tutela dei singoli. La certezza del diritto ha infatti talora indotto la Corte, "soppesando" discrezionalmente esigenze contrapposte, a limitare gli effetti retroattivi di pronunce che annullano atti comunitari o ne dichiarano l'invalidità⁶¹, precludendo così in sostanza agli interessati di ot-

⁵⁸ Il requisito della motivazione dell'atto «deve indicare in modo chiaro ed inequivocabile l'iter logico seguito dall'autorità comunitaria che ha adottato l'atto incriminato, in modo da consentire all'interessato di conoscere le ragioni del provvedimento adottato ai fini della difesa dei suoi diritti, e alla Corte di esercitare il suo controllo» (così nella sentenza 21 novembre 1991 in causa n. C-269/90, *Technische Universität München* in *Raccolta*, 1991, I, p. 5469 ss., par. 26).

⁵⁹ Sentenza del Tribunale di primo grado 11 luglio 1997 in causa n. T-267/94, in *Raccolta*, 1997, II, p. 1239 ss., par. 32.

⁶⁰ Sentenza 2 dicembre 1971 in causa n. 5/71, *Aktien-Zuckerfabrik Schoppenstedt*, in *Raccolta*, 1971, p. 975 ss.; sentenza 25 aprile 1985 in cause riunite nn. 194-206/83, *Asteris c. Commissione*, in *Raccolta*, 1985, p. 2815 ss.; sentenza 5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du Pêcheur c. Germania*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1029 ss. (cfr. il commento di F. CAPELLI, *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie*, in questa *Rivista*, 1997, p. 52).

⁶¹ Il principio di certezza del diritto è emerso con particolare evidenza rispetto agli effetti nel tempo delle pronunce di annullamento o che dichiarano l'invalidità di atti comunitari. Alla regola generale che prevede l'efficacia *ex tunc* la Corte di giustizia ha apportato, infatti, vari temperamenti richiamandosi a tale principio. L'orientamento accolto dalla Corte appare con evidenza, ad esempio, dalla sentenza 9 settembre 2004 in causa n. C-72/03, *Carbonati Apuani c. Comune di Carrara*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 8027 ss. in cui si afferma che l'interpretazione fornita doveva retroagire alla data in cui, in una precedente pronuncia (cioè la sentenza 16 luglio 1992 in causa n. C-163/90, *Legros e al.*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4625 ss.), la Corte aveva enunciato un principio analogo benché riferito ad una diversa fattispecie; infatti, «dopo tale data il Comune di Carrara non poteva ignorare che la tassa controversa era incompatibile con il diritto comunitario» (par. 41). Tale orientamento implica un'ampia discrezionalità da parte della Corte nel valutare in quale misura una sentenza precedente possa essere ritenuta sufficientemente chiara da implicare la conoscenza di un principio interpretativo che deve essere applicato a una fattispecie completamente diversa.

tenere la restituzione di tasse o tributi che erano stati imposti in violazione del diritto comunitario. Inoltre, l'esigenza di stabilità degli atti e la presunzione di validità che li accompagna, comportano, nella giurisprudenza comunitaria, la presenza di limiti rigorosi per farne valere l'illegittimità, al fine di evitare che essi possano essere «rimessi in discussione all'infinito»⁶². Benché l'atto divenga definitivo una volta scaduto il termine per la sua impugnazione, va tuttavia considerato che la possibilità di farne valere l'invalidità in via pregiudiziale non incontra alcun limite temporale. Per evitare che ciò determini un contrasto con l'esigenza di stabilità la Corte ha affermato che la persona che non abbia impugnato tempestivamente l'atto comunitario non può più farne valere l'invalidità in un giudizio nazionale nell'ambito del quale abbia impugnato la misura nazionale che a quell'atto dà applicazione od attuazione⁶³. Secondo un primo orientamento, ciò sembrava addirittura precludere al giudice nazionale la facoltà di proporre la domanda pregiudiziale di validità quando una parte del giudizio fosse stata legittimata all'impugnazione⁶⁴; in una pronuncia recente la Corte ha superato tale interpretazione restrittiva chiarendo che il giudice potrà comunque sollevare d'ufficio la questione di validità dell'atto comunitario⁶⁵.

Nonostante tale precisazione, la giurisprudenza sopra ricordata comporta un limite significativo alla possibilità di tutela nei confronti di atti comunitari illegittimi; in ragione della presenza di presupposti per l'impugnazione alquanto restrittivi ed altresì piuttosto incerti, ciò potrebbe determinare una violazione del principio della tutela giurisdizionale effettiva. Tale problematica si collega al tema, che esula dall'oggetto di questo scritto, dell'esigenza di una riforma circa i requisiti per l'impugnazione degli atti comunitari, riforma alla quale la Corte stessa ha implicitamente sollecitato gli Stati membri⁶⁶, ma che il nuovo Trattato, riprendendo la soluzione del Trattato costituzionale, solo in

⁶² Così nella sentenza 30 gennaio 1997 in causa n. C-178/95, *Wiljo*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 585 ss., par. 19 e in questa *Rivista*, 1998, p. 123 con commento di M. AMBANELLI, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di rapporti fra azione in annullamento e rinvio pregiudiziale di validità dopo le sentenze Twid Textilwerke e Wiljo*, p. 131 ss. Cfr. anche le sentenze 17 novembre 1965 in causa n. 20/65, *Collotti*, in *Raccolta*, 1965, p. 873 ss.; 12 ottobre 1978 in causa n. 156/77, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1978, p. 1881 ss.; 10 giugno 1993 in causa n. C-183/91, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 3131 ss.

⁶³ Sentenza 9 marzo 1994 in causa n. C-188/92, *TWD*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 833 ss.

⁶⁴ In particolare in base alla sentenza nel caso *Wiljo*, *loc. cit.*

⁶⁵ Sentenza 10 gennaio 2006 in causa n. C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 289 ss. in cui la Corte afferma che la questione «è stata proposta d'ufficio dal giudice della causa principale» e, «di conseguenza, essa non può essere dichiarata irricevibile sulla base della giurisprudenza discendente dalla citata sentenza *TWD Textilwerke Deggendorf*» (par. 73-74).

⁶⁶ Nella sentenza 25 luglio 2002 nel caso *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, *cit. supra*, nota 6, par. 45.

parte realizza, estendendo limitatamente i presupposti per l'impugnazione dell'atto comunitario⁶⁷.

Il principio di legalità potrebbe, infine, apparire rilevante rispetto a situazioni nelle quali si verifichi un abuso del diritto comunitario da parte delle persone. La giurisprudenza comunitaria è, in realtà, molto cauta nel riconoscere tale evenienza, verosimilmente perché il riconoscimento dell'abuso porterebbe, in definitiva, alla non applicazione di norme comunitarie. La Corte richiede al fine di accertare il carattere abusivo di una prassi «un insieme di circostanze oggettive dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa comunitaria, l'obiettivo perseguito dalla detta normativa non è stato raggiunto»; a tali circostanze, si aggiunge l'esigenza di «un elemento soggettivo che consiste nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento»⁶⁸. In applicazione di tali criteri, se la Corte riconosce in via generale che le persone «non possono avvalersi fraudolentemente o abusivamente delle norme di diritto comunitario»⁶⁹, solo in casi molto particolari è giunta ad affermare il carattere abusivo del ricorso all'applicazione di norme comunitarie⁷⁰, mentre in alcune pronunce ha lasciato in definitiva al giudice nazionale il compito di valutare il carattere abusivo del comportamento⁷¹.

⁶⁷ L'art. 230 del Trattato CE è modificato prevedendo che una persona possa impugnare «gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione». Sulla analoga soluzione prevista dal Trattato che adottava la costituzione europea mi permetto di rinviare a quanto osservato in *Le istituzioni giudiziarie nel progetto di Costituzione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 645 ss.

⁶⁸ Così nella sentenza 14 dicembre 2000 in causa n. C-110/99, *Emsland-Stärke*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 11569 ss., par. 52 e 53.

⁶⁹ Così, da ultimo, nella sentenza 5 luglio 2007 in causa n. C-321/05, *Kofoed*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 5795, par. 38. La Corte, in un altro caso, non ha dato nessun rilievo alla circostanza che una cittadina cinese avesse deliberatamente fatto nascere la propria figlia in Irlanda del Nord allo scopo di farle acquisire la cittadinanza di uno Stato membro, e trae, così, dal possesso di tale cittadinanza, la conseguenza del diritto al soggiorno della minore e anche della madre, cittadina cinese, che ne ha cura (sentenza 19 ottobre 2004 in causa C-200/02, *Chen*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 9925 ss.; cfr. su tale pronuncia il commento di B. KUNOY, *A Union of National Citizens: The origins of the Court's lack of avant-gardisme in the Chen case*, *CMLR*, 2006, p. 179 ss.).

⁷⁰ Come nella sentenza 9 marzo 1999 in causa n. C-212/97, *Centros*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1459 ss., in cui la Corte, benché abbia riconosciuto l'ammissibilità di misure nazionali dirette ad evitare che una società aprisse una filiale in uno Stato membro al solo scopo di eludere i criteri più restrittivi per la costituzione di società in un diverso Stato membro, ha affermato, tuttavia, che «la circostanza che la società sia stata creata in uno Stato membro unicamente per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce un abuso, e ciò anche qualora la società in questione svolga l'essenziale, se non il complesso, delle sue attività economiche nello Stato di stabilimento» (par. 18). Cfr. anche le sentenze 30 settembre 2003 in causa n. C-167/01, *Inspire Art*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10155 ss., e 21 febbraio 2006 in causa n. C-255/02, *Halifax*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 1609 ss.

⁷¹ Ad esempio nella sentenza 6 aprile 2006 in causa n. C-274/04, *ED & F Man Sugar*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 3269 ss. (relativa al caso di un operatore commerciale tedesco che esportava un prodotto in Svizzera ottenendo così delle restituzioni all'esportazione, ma rispediva poi le merci in Germania con lo stesso mezzo di trasporto) la Corte ha affermato che «le autorità e i giudici nazionali sono legittimati ad esaminare se l'esportatore abbia chiesto una restituzione superiore alla restituzione spettante ai sensi della detta disposizione, nonostante il fatto che una decisione di recu-

7. L'incidenza del diritto comunitario sul principio di legalità operante negli ordinamenti nazionali

Un ultimo tema sul quale vorrei svolgere qualche breve considerazione attiene all'impatto che il diritto comunitario può produrre rispetto al principio di legalità riconosciuto negli ordinamenti degli Stati membri.

Sotto un primo profilo, il diritto comunitario è parso talora incrinare il principio di legalità, imponendo soluzioni che hanno richiesto di limitarne la portata. Una tale preoccupazione fu senz'altro assai diffusa al momento della sentenza resa nel caso *Costanzo*, quando la Corte – in un'epoca che la rapida evoluzione del sistema comunitario fa apparire ormai remota – affermò l'obbligo della pubblica amministrazione di disapplicare la legge non conforme ad una direttiva inattuata produttiva di effetti diretti⁷². Un'analogia reazione si manifestò quando, nel caso *Ciola*⁷³, la Corte ebbe occasione di chiarire che l'obbligo di disapplicare la norma interna incompatibile con il diritto comunitario sussiste anche rispetto ad un atto amministrativo individuale e concreto divenuto definitivo.

Molto più recentemente, dei problemi di compatibilità con il principio di legalità di certi orientamenti della giurisprudenza comunitaria si sono posti soprattutto in relazione alle norme processuali nazionali.

Rilevano, in particolare, il caso *Köbler*⁷⁴ e, successivamente, il caso *Traghetti del Mediterraneo*⁷⁵, in cui la Corte ha ritenuto che principi riconducibili a quello di legalità (quale l'autorità della cosa giudicata) non possano fare ostacolo a riconoscere la responsabilità degli Stati membri per i danni derivanti da una sentenza resa in ultimo grado che non abbia applicato il diritto comunitario, o lo abbia applicato in modo non corretto. Lo "strappo" è ancora più manifesto nel recente caso *Lucchini*⁷⁶, in cui la Corte ha dichiarato, su do-

pero ai sensi del n. 3, primo comma, del detto articolo sia divenuta definitiva prima dell'adozione della decisione sanzionatoria» (par. 18 e 19). Cfr. anche la sentenza 14 dicembre 2000 in causa n. C-110/99, *Emsland-Stärke*, cit. supra, nota 68, in cui la Corte, dopo aver enunciato l'esigenza che, ai fini dell'abuso, sussistano sia un elemento soggettivo sia uno oggettivo, afferma che spetta «al giudice nazionale stabilire l'esistenza dei due detti elementi, la cui prova può essere fornita conformemente alle norme di diritto nazionale, purché non pregiudichi l'efficacia del diritto comunitario» (par. 54).

⁷² Sentenza 22 giugno 1989 in causa n. 103/88, *Costanzo*, in *Raccolta*, 1989, p. 1839 ss.

⁷³ Sentenza 29 aprile 1999 in causa n. C-224/97, *Ciola*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 2517 ss. e in questa *Rivista*, 1999, p. 721 con commento di R. ROSSOLINI, *Conflitto tra diritto comunitario e provvedimento amministrativo alla luce della sentenza della Corte di giustizia sul caso Ciola*, p. 729 ss.

⁷⁴ Sentenza 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Köbler*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239 ss.

⁷⁵ Sentenza 13 giugno 2006 in causa n. C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5177 ss.

⁷⁶ Sentenza 18 luglio 2007 in causa n. C-119/05, *Lucchini*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 6199 e in questa *Rivista*, p. 729 ss. con commento di M. T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, p. 733 ss. Il Consiglio di Stato aveva chiesto alla Corte «se, in forza del principio del primato del diritto comunitario immediatamente applicabile (...) sia giuridi-

manda pregiudiziale del Consiglio di Stato italiano, che una sentenza di un giudice nazionale passata in giudicato non può costituire un ostacolo al recupero di un aiuto statale corrisposto in violazione del diritto comunitario, sancendo così, in sostanza, l'esigenza di disapplicare l'art. 2909 c.c.; la Corte, consapevole di quanto tale orientamento possa apparire confliggente con il principio di legalità, chiarisce che l'esigenza di travolgere il giudicato si determina in quanto l'incompatibilità dell'aiuto era già stata dichiarata dalla Commissione con una decisione divenuta definitiva. Il principio di legalità è quindi salvaguardato, nella costruzione che risulta dalla sentenza, poiché l'attività della Commissione è svolta sotto il controllo della stessa Corte, avendo il giudice nazionale la facoltà (o l'obbligo) di sollecitare una valutazione in via pregiudiziale circa la validità della decisione della Commissione che dichiara incompatibile l'aiuto e ne ordina il recupero⁷⁷.

Nei casi sopra riferiti, la chiave di lettura che permette di comprendere l'orientamento della Corte è senz'altro costituita dal principio del primato del diritto comunitario; la Corte è di certo ben consapevole della eventualità che il principio del primato possa confliggere con quello della legalità, e valuta discrezionalmente il punto di equilibrio tra gli stessi. Alcune affermazioni lasciano trasparire tale modo di procedere; nel caso *Köbler*, ad esempio, si afferma che l'esistenza di un rimedio che consenta la riparazione degli effetti dannosi di una sentenza erronea «corroborata la qualità di un ordinamento giuridico e quindi in definitiva anche l'autorità del potere giurisdizionale» (par. 43). Nella logica della Corte, quindi, queste apparenti violazioni di principi riconducibili al più generale principio della legalità avrebbero, al contrario, la funzione di affermarlo, imponendo per diverse vie agli Stati membri il rispetto degli obblighi che essi con il Trattato si sono assunti. Gli orientamenti giu-

camente possibile e doveroso il recupero dell'aiuto da parte dell'amministrazione interna nei confronti di un privato beneficiario, nonostante la formazione di un giudicato civile affermativo dell'obbligo incondizionato di pagamento dell'aiuto medesimo»; si intendeva accertare se l'art. 2909 del c.c. che sancisce il principio dell'autorità della cosa giudicata sia applicabile in un caso in cui esso impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario, considerando che l'incompatibilità dell'aiuto era già stata dichiarata dalla Commissione con una decisione definitiva. La Corte ribadisce che il giudice nazionale incaricato di applicare le norme di diritto comunitario ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme ed afferma che la valutazione della compatibilità di un regime di aiuti con il Trattato è di «competenza esclusiva della Commissione che agisce sotto il controllo del giudice comunitario e questo principio è vincolante nell'ordinamento giuridico nazionale in quanto corollario del principio di preminenza del diritto comunitario» (par. 52). Da tale stringata motivazione la Corte deriva l'esigenza che non sia applicato l'art. 2909 c.c. in quanto impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune era già stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva.

⁷⁷ Una simile ricostruzione si può estendere riguardo all'obbligo dei giudici nazionali, enunciato dal regolamento n. 1/2003, di conformarsi alle decisioni adottate dalla Commissione in materia di concorrenza giacché anche in tal caso il giudice nazionale può ottenere una valutazione da parte della Corte di giustizia in merito alla validità della decisione alla quale avrebbe l'obbligo di conformarsi; rinvio in proposito al mio commento all'art. 16 del regolamento in A. ADINOLFI - L. DANIELE - B. NASCIBENE - S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 198.

risprudenziali che ho appena ricordato sono determinati, quindi, proprio dalla situazione di violazione da parte degli Stati membri dei loro obblighi comunitari. La nozione di «comunità di diritto» implica, del resto, che «la Comunità europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla Carta costituzionale costituita dal Trattato CE»⁷⁸.

In altri casi la giurisprudenza della Corte è stata più flessibile e si è orientata nel senso di richiedere una "deroga" al principio di legalità solo quando già questa sia prevista, rispetto ad un'ipotesi analoga, negli ordinamenti nazionali. Ciò risulta per due diversi profili che rispondono, comunque, alla stessa logica interpretativa. Il primo concerne gli atti amministrativi nazionali non conformi al diritto comunitario: la Corte afferma che «se le norme nazionali (...) obbligano a ritirare l'atto amministrativo illegittimo per contrarietà al diritto interno, pur se ormai atto definitivo», un «identico obbligo deve sussistere a parità di condizioni in presenza di un atto amministrativo non conforme al diritto comunitario»; in altre parole, quando «l'amministrazione è tenuta a ritirare una propria decisione divenuta definitiva che risulti manifestamente incompatibile con il diritto interno, identico obbligo deve sussistere ove la manifesta incompatibilità sia con il diritto comunitario»⁷⁹. Tale principio può avere rilevanza essenzialmente quando il contrasto si ponga con una norma comunitaria non produttiva di effetti diretti, poiché quando tali effetti sussistono, opera invece l'obbligo di disapplicare l'atto amministrativo incompatibile, come risulta dalla già ricordata sentenza resa nel caso *Ciola*. In secondo luogo, un analogo orientamento è stato prospettato dalla Corte rispetto all'esigenza che sia riesaminata una decisione giurisdizionale passata in

⁷⁸ Sentenza 10 luglio 2003 in causa n. C-15/00, *Commissione c. BEI*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 7281 ss., par. 75. Cfr. anche la sentenza 23 aprile 1986 in causa n. 294/83, *I Verdi*, cit. *supra*, nota 6, par. 23.

⁷⁹ Sentenza 13 gennaio 2004 in causa n. C-453/00, *Kühne e Heitz*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 837 ss. e in questa *Rivista*, 2004, p. 485 ss. con commento di G. GATTINARA, *Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kühne & Heitz*, p. 489 ss.; alla Corte era stato chiesto di chiarire se un organo nazionale sia tenuto a riesaminare una propria decisione amministrativa che ha acquisito carattere definitivo alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso ovvero in seguito all'esaurimento dei mezzi di ricorso giurisdizionale «al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte» (par. 27). Benché la Corte riconosca che il carattere definitivo di una decisione amministrativa contribuisce a garantire la certezza del diritto, essa afferma tuttavia che allorché ricorrano certe condizioni esso può non trovare applicazione (in particolare, quando l'autorità disponga secondo il diritto nazionale del potere di ritornare su tale decisione, la decisione sia definitiva in seguito alla sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza, che tale sentenza risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte sia stata adita in via pregiudiziale e che l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo subito dopo essere stato informato di tale giurisprudenza). V. anche la sentenza 19 settembre 2006 in causa n. C-392/04, *i-21 Germany*, cit. *supra*, nota 54, par. 63 in cui la Corte afferma che se in applicazione di norme di diritto nazionale «l'amministrazione è tenuta a ritirare una propria decisione divenuta definitiva che risulti manifestamente incompatibile con il diritto interno, identico obbligo deve sussistere ove la manifesta incompatibilità sia con il diritto comunitario».

giudicato qualora risulti che questa viola il diritto comunitario⁸⁰.

Quindi, in considerazione della rilevanza di certi principi negli ordinamenti interni, la Corte ne impone un *vulnus* solo quando una tale possibilità sia già prevista dall'ordinamento interno per situazioni analoghe. Tale soluzione si può ricondurre al principio di equivalenza – che costituisce una sorta di trasposizione del divieto di discriminazione all'aspetto della tutela dei diritti conferiti, rispettivamente, da norme comunitarie ovvero interne⁸¹ – e presenta il vantaggio di salvaguardare il bilanciamento tra principi diversi che già risulta dall'ordinamento nazionale considerato, allineando la soluzione comunitaria su quella nazionale. Sotto il profilo comunitario tale orientamento è, però, insoddisfacente giacché l'eventualità che operino regole non uniformi nei rispettivi ordinamenti nazionali determina una protezione differenziata delle situazioni soggettive conferite da norme comunitarie; per questo motivo, del resto, sarebbe auspicabile, come la Corte ha lasciato talora implicitamente intendere⁸², l'adozione di norme comunitarie dirette all'armonizzazione delle regole procedurali nazionali. Il rischio di soluzioni non uniformi è ulteriormente accentuato allorché la Corte lasci in definitiva al giudice nazionale, come si riscontra in alcune pronunce, il compito di effettuare il bilanciamento tra principi diversi, limitandosi a valutare che tali principi siano comunque riconosciuti nell'ordinamento comunitario⁸³.

⁸⁰ Sentenza 16 marzo 2006 in causa n. C-234/04, *Kapferer*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2585 ss. ove si indica che «il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne allo scopo di riesaminare ed annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato qualora risulti che questa viola il diritto comunitario» (par. 24), dando rilievo alla circostanza che «il giudice del rinvio lascia intendere che, in base al diritto interno, esso non sarebbe in grado di procedere ad un riesame della decisione (par. 25)».

⁸¹ In base a tale principio, assai spesso richiamato nella giurisprudenza comunitaria, le norme procedurali nazionali «non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna»: così nella sentenza 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *Francovich*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5357 ss., par. 43 e in questa *Rivista*, 1992, p. 81 ss. con nota di F. CAPELLI, *Un «pungolo» per i paesi inadempienti*, p. 91 s. Si veda anche la sentenza 9 novembre 1983 in causa n. 199/82, *San Giorgio*, in *Raccolta*, 1983, p. 3595 ss. e in questa *Rivista*, 1983, p. 483 con commento di S. ZARRILLI, *La ripetizione dell'indebito nel diritto comunitario*, p. 505.

⁸² Ad esempio nel già ricordato caso *Francovich*, *loc. cit.*

⁸³ Ciò risulta evidente, ad esempio, da un caso in cui la Corte si è limitata ad affermare che «(...) non si può considerare contrario al diritto comunitario il fatto che il diritto interno, in materia di revoca di atti amministrativi e di ripetizione di prestazioni finanziarie indebitamente erogate dall'amministrazione pubblica, prenda in considerazione, assieme al principio di legalità, il principio della certezza del diritto, dato che quest'ultimo fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario» (sentenza 21 giugno 2007 in causa n. C-158/06, *Stichting ROM-projecten*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 5103 ss.; si trattava di valutare se dovesse essere dato rilievo alla buona fede del beneficiario di un finanziamento comunitario che non aveva rispettato il termine entro il quale un determinato progetto doveva essere realizzato). Cfr. anche la sentenza 1° aprile 1993 in cause riunite da n. C-31/91 a n. C-44/91, *Lageder e al.*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1761 ss., par. 33, nella quale la Corte ha, tuttavia, limitato la discrezionalità di valutazione del giudice nazionale affermando che comunque «il principio della tutela del legittimo affidamento non può essere invocato avverso una precisa disposizione di un atto normativo di diritto comunitario» (par. 35). Rileva altresì la sentenza 19 settembre 2002 in causa n. C-336/00, *Huber*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 7699 ss., nella quale si richiede, in definitiva, al giudice nazionale di bilanciare i principi del legittimo affidamento e della certezza del diritto, da un lato, con l'esigenza, dall'altro, che sia considerato l'interesse della Comunità («il di-

In una diversa prospettiva si può invece considerare come il diritto comunitario, per certi aspetti, porti a rafforzare il principio di legalità operante negli ordinamenti nazionali arricchendone il contenuto e determinando l'esigenza di soluzioni normative ad esso conformi⁸⁴. Ciò si manifesta, ad esempio, in merito all'incidenza che il diritto comunitario può produrre rispetto alla qualificazione come «autorità amministrative nazionali» di soggetti che svolgono funzioni pubblicistiche; la accezione ampia della nozione di Stato accolta dalla Corte di giustizia⁸⁵ può infatti portare ad identificare come pubblici, per la funzione da essi effettivamente esercitata, i soggetti (altrimenti qualificati come privati nell'ordinamento interno) incaricati di attività rilevanti ai fini dell'applicazione di norme comunitarie⁸⁶.

Un rafforzamento del principio di legalità può altresì risultare dall'orientamento della Corte di giustizia secondo il quale le autorità nazionali devono rispettare i principi del diritto comunitario allorché esse provvedono all'attu-

ritto comunitario non osta a che si applichino i principi della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto al fine di escludere la restituzione di aiuti cofinanziati dalla Comunità indebitamente erogati, a condizione che sia preso in considerazione anche l'interesse di quest'ultima», (par. 59).

⁸⁴ Basti considerare, ad esempio, in relazione all'ordinamento italiano, l'incidenza del diritto comunitario rispetto alla questione della risarcibilità degli interessi legittimi.

⁸⁵ Non esiste tuttavia nel diritto comunitario una definizione univoca di organo statale, ma questa è elaborata in relazione alle specifiche esigenze applicative delle disposizioni del Trattato e delle norme derivate; ciò rende difficile prospettare in via generale un'influenza dell'orientamento comunitario sugli ordinamenti nazionali, ma consente di delinearla in relazione a specifici aspetti. In particolare, la mancanza del riconoscimento di un effetto diretto orizzontale delle direttive ha indotto la Corte ad accogliere una nozione ampia di autorità statale includendovi gli enti incaricati di gestire un pubblico servizio; emblematica è al riguardo la sentenza 5 febbraio 2004 in causa n. C-157/02, *Asfinag*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 1477 ss. nella quale la Corte ha ritenuto che le società incaricate di riscuotere i pedaggi autostradali rientrano nella nozione di Stato, dichiarando che «ad una persona giuridica di diritto privato incombe l'obbligo di osservare le disposizioni direttamente applicabili di una direttiva qualora lo Stato abbia trasferito a tale persona giuridica il compito di riscuotere il pagamento dei pedaggi per l'utilizzo di reti stradali pubbliche e controlli tale persona direttamente o indirettamente» (par. 29). Anche il principio enunciato nella sentenza resa nel caso *Costanzo* (sentenza 22 giugno 1989 in causa n. 103/88, *cit. supra*, nota 72) induce la Corte ad accogliere una nozione ampia di autorità statale in modo da assicurare l'applicazione di norme di direttive produttive di effetti diretti. Una nozione ampia di Stato si riscontra anche in merito all'applicazione delle disposizioni sugli aiuti statali alle imprese, riguardo alla quale la Corte dà rilievo all'origine pubblica delle risorse che sostanziano l'aiuto ed al loro controllo (cfr. la sentenza 30 gennaio 1985 in causa n. 290/83, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 1985, p. 439 ss. e la sentenza 8 maggio 2003 in cause riunite n. C-328/99 e n. C-399/00, *Italia e SIM 2 c. Commissione*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4035 ss.).

⁸⁶ È stato sostenuto in riferimento all'ordinamento italiano che il diritto comunitario costituirebbe perciò «un antidoto alla decostruzione del diritto amministrativo» in quanto gli atti comunitari, individuando come pubblici i soggetti preposti all'applicazione delle norme comunitarie, porterebbero ad «avvalorare il carattere sostanzialmente pubblico di enti privatizzati, ripristinando così condizioni di legalità nel sistema nazionale»: F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, *cit. supra*, nota 24, p. 34 ss. Su tale problematica cfr. D. SORACE, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in V. CERULLI IRELLI - G. MORBIDELLI, *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 62 ss., il quale osserva, tra l'altro, come il diritto comunitario richieda «una delineazione delle figure pubblicistiche in funzione di esigenze sostanziali risultanti dai suoi principi costituzionali» e come, in ogni caso, non sia «possibile sottrarre all'idoneo regime pubblicistico organismi che per la posizione organizzativa in cui si trovano e, conseguentemente, per le funzioni che svolgono mostrano di avere una sostanza pubblicistica» (p. 79).

zione o all'applicazione di disposizioni del Trattato o di atti derivati⁸⁷. Per questa via, i principi comunitari incidono sul comportamento sia dell'amministrazione sia del legislatore, i quali devono conformarsi, nell'attività diretta a garantire l'adempimento di obblighi comunitari, ai requisiti enunciati dalla Corte di giustizia; si considerino, ad esempio, il criterio della chiarezza nella formulazione delle normative di attuazione delle direttive (che la Corte impone di rispettare in quanto funzionale alla efficace tutela delle situazioni soggettive conferite sulla base di norme comunitarie⁸⁸), o, ancora, la inidoneità (enunciata dalla Corte per analoghe ragioni) delle circolari amministrative all'attuazione di direttive⁸⁹.

L'attività del legislatore e dell'amministrazione nazionale trovano, quindi, nel diritto comunitario dei vincoli ulteriori che, integrando quelli derivanti dai sistemi nazionali, richiedono di assicurare la conformità a principi che – anche in ragione del metodo creativo utilizzato dalla Corte per la loro individuazione – possono non coincidere, nel loro contenuto o nella interpretazione che deve esserne data, con quelli operanti nei rispettivi ordinamenti interni.

⁸⁷ Cfr. ad esempio la sentenza 26 aprile 1988 in causa n. 316/86, *Krücken*, in *Raccolta*, 1988, p. 2213 ss. nella quale la Corte afferma che «il rispetto dei principi generali del diritto comunitario si impone ad ogni autorità nazionale che debba applicare il diritto comunitario» (par. 22). Inoltre, nel caso *Mangold* (sentenza 22 novembre 2005 in causa n. C-144/04, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9981 ss.) si riconosce l'esigenza che a livello nazionale un principio generale sia rispettato anche nei rapporti tra privati «disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale» (par. 78). Peraltro, è noto che i principi comunitari, una volta immessi nell'ordinamento nazionale, vengono talora utilizzati anche in settori per i quali non sussiste un vincolo comunitario alla loro applicazione: ciò può avvenire per una tendenza all'armonizzazione spontanea del sistema oppure per una scelta del legislatore, che decida di estendere l'applicazione di certi principi o di certe regole materiali del diritto comunitario a situazioni puramente interne. Per tale via l'influenza dei principi comunitari si espande ben oltre quella determinata dalla sola esigenza di conformità agli obblighi posti dal Trattato, innestando nell'ordinamento nazionale dei principi di tutela in precedenza ignoti ovvero presenti con un contenuto più ridotto o comunque diverso. Tale tendenza risulta rafforzata dall'orientamento della Corte che ha ritenuto di potersi pronunciare in via pregiudiziale anche su questioni relative all'interpretazione di una normativa interna qualora quest'ultima si conformi, «per le soluzioni che apporta a situazioni puramente interne, a quelle adottate nel diritto comunitario»; cfr. da ultimo la pronuncia nella quale la Corte ha ritenuto di dover fornire l'interpretazione dell'art. 81 del Trattato CE in un caso in cui era in considerazione l'applicazione della legge italiana sulla concorrenza, fondandosi sulla circostanza che quest'ultima estende a situazioni puramente interne la disciplina enunciata dal Trattato (11 dicembre 2007 in causa n. C-280/06, *Autorità garante della concorrenza c. Ente tabacchi italiani*, non ancora pubblicata, par. 21). Riguardo alla incidenza dei principi generali comunitari rispetto all'ordinamento italiano cfr. D. SORACE, *Le droit administratif italien dans le creuset européen*, in J.-B. AUBY - J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (sous la direction de), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 598 ss.

⁸⁸ Cfr. la sentenza 30 maggio 1991 in causa n. C-59/89 *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2607 ss. ove si indica che «la conformità di una prassi alle norme imperative di tutela dettate da una direttiva non dispensa dall'obbligo di recepire la direttiva stessa nell'ordinamento interno mediante disposizioni atte a delineare situazioni abbastanza precise, chiare e trasparenti per consentire ai singoli di conoscere i propri diritti e di avvalersene» (par. 28). V. anche la sentenza 9 dicembre 2003 in causa n. C-129/00, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14637 ss. in cui è dichiarato l'inadempimento dell'Italia poiché una normativa nazionale, non essendo sufficientemente chiara, poteva dare luogo ad interpretazioni giurisprudenziali non conformi agli obblighi comunitari.

⁸⁹ Come affermato per la prima volta nella sentenza 25 maggio 1982 in causa n. 97/81, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1982, p. 1819 ss.

Qualora, invece, il diritto comunitario imponga soluzioni la cui compatibilità con il principio di legalità potrebbe apparire dubbia, ciò trova origine, secondo quanto si è sopra rilevato, in una situazione di inadempimento, ed è pertanto conseguenza della violazione, da parte degli Stati membri, dell'obbligo di assicurare il rispetto delle disposizioni del Trattato.

Adelina Adinolfi**

** Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Firenze.

LE AGENZIE COMUNITARIE

Sommario: **1.** *Le agenzie comunitarie di regolazione: la loro istituzione* - **2.** *Segue: La personalità giuridica* - **3.** *Segue: I poteri* - **4.** *Segue: Analisi della disciplina applicabile* - **5.** *Il bilancio delle agenzie di regolazione e i poteri di indirizzo e di controllo delle istituzioni comunitarie* - **6.** *Le agenzie di regolazione comunitarie come «enti a geometria variabile». Il tentativo di stabilire uno statuto uniforme* - **7.** *Le agenzie esecutive* - **8.** *Le ragioni dello sviluppo delle agenzie comunitarie. Possibili inconvenienti.*

1. Le agenzie comunitarie di regolazione: la loro istituzione

Le istituzioni dell'Unione europea hanno talvolta dovuto far fronte all'esigenza di adeguare le strutture previste dall'accordo istitutivo a nuove necessità maturate sia nell'ambiente sociale nel quale essa è chiamata ad operare sia in relazione ai fini perseguiti ed alle funzioni esercitate.

Nel quadro di tale problematica uno degli aspetti più rilevanti, tanto per i suoi risvolti pratici quanto per le sue connotazioni teoriche, è rappresentato dalla creazione di nuovi soggetti giuridici non nominativamente individuati o singolarmente determinati nelle loro principali caratteristiche dalle norme pattizie¹.

¹ Diversi studi hanno soprattutto esaminato la dimensione amministrativistica della problematica in esame. In particolare è stato messo in luce il collegamento tra agenzie ed amministrazioni nazionali nel processo di attuazione del diritto comunitario. Cfr., al riguardo, A. KREHER - F. MARTINES, *Le "agenzie" della Comunità europea: un approccio nuovo per l'integrazione amministrativa?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1996, p. 97 ss.; R. DEHOUSSE, *Regolazione attraverso reti nella Comunità europea: il ruolo delle agenzie europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, p. 629 ss.; C. FRANCHINI, *Le relazioni tra le agenzie europee e le autorità amministrative nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, p. 15 ss.; E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, Cedam, 2002; E. CHITI, *Agenzie europee*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 164 ss. Esaminano sotto vari profili la tematica delle agenzie comunitarie, soffermandosi anche su aspetti politologici: A. KREHER (ed.), *The EC Agencies between Community Institutions and Constituents: Autonomy, Control and Accountability*, European University Institute, RCS Conference 1997; J.-F. COUZINET (coord.), *Les Agences de l'Union européenne. Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales, 2002; D. GERARDIN - R. MUÑOZ - N. PETIT (ed.), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2005.

È necessario preliminarmente avvertire che, anche a prescindere dalle considerazioni che saranno svolte successivamente, non è oggetto della presente ricerca l'analisi di quelle persone giuridiche, di solito incluse nel novero delle agenzie (cfr. la Comunicazione della Commissione sull'inquadramento delle agenzie europee di regolazione, 11 dicembre 2002, Com(2002)718 def., p. 3), che – come Euro-pol ed Eurojust – sono previste nel Trattato sull'Unione europea. Neppure sarà considerata l'Agenzia di approvvigionamento dell'Euratom, espressamente regolata dagli artt. 52 ss. del Trattato.

Tale fenomeno, sorto e sviluppatosi in ambito comunitario, si è successivamente esteso a tutti i settori dell'Unione europea.

I soggetti il cui atto istitutivo si fonda sulle disposizioni in materia di politica estera e di sicurezza comune² o su quelle relative alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale³ recano quella chiara impronta intergovernativa che contraddistingue la cooperazione tra Stati in tali settori⁴.

La loro attività e la loro struttura non coinvolgono le istituzioni, almeno nella misura in cui avviene per gli enti creati in forza del diritto comunitario.

Ad esempio il principale organo di governo degli enti che operano nel secondo e nel terzo pilastro dell'Unione europea assume le proprie determinazioni in virtù del voto, a maggioranza qualificata o, per l'Accademia europea di polizia, talora anche a maggioranza di due terzi, espresso dai soli rappresentanti degli Stati membri. Il Comitato direttivo dell'Agenzia europea per la difesa, analogamente a quanto dispone l'art. 23 del TUE, non procede alle votazioni quando un rappresentante di uno Stato membro dichiara di opporsi alla decisione per specifici e importanti motivi di politica nazionale.

Il direttore, che è l'organo esecutivo ed il legale rappresentante di tali soggetti, è scelto autonomamente dal Consiglio di Amministrazione.

Gli atti istitutivi, inoltre, non prevedono che i loro provvedimenti e comportamenti possano essere sindacati dai giudici comunitari.

Il bilancio degli enti che operano in materia di politica estera e di sicurezza comune è, poi, alimentato, a prescindere da alcune entrate con destinazione specifica, dai contributi degli Stati membri commisurati, come indicato dal

² In base alle disposizioni del Titolo V del Trattato sull'Unione europea sono stati costituiti: l'Istituto dell'Unione europea per gli studi sulla sicurezza (con azione comune 2001/554/Pesc del Consiglio del 20 luglio 2001, in *Guce* n. L 200 del 25 luglio 2001, p. 1 ss.); il Centro satellitare dell'Unione europea (con azione comune 2001/555/Pesc del Consiglio del 20 luglio 2001, in *Guce* n. L 200 del 25 luglio 2001, p. 1 ss.); l'Agenzia europea per la difesa (con azione comune 2004/551/Pesc del Consiglio del 12 luglio 2004, in *Gu-Ue* n. L 245 del 17 luglio 2004, p. 17 ss). Analizza alcuni di tali organismi V. KRONENBERGER, *Vers la création d'Agences de l'Union européenne? Les exemples du Centre satellitaire et de l'Institut d'études de sécurité*, in J.-F. COUZINET (coord.), *Les Agences de l'Union européenne*, cit. supra, nota 1, p. 190 ss. L'Autore osserva che, attesa la profonda diversità di tali enti con le agenzie comunitarie, sarebbe opportuno, per evitare confusioni, non indicarli con il termine di agenzie.

³ In base alle disposizioni del Titolo VI del Trattato sull'Unione europea è stata istituita l'Accademia europea di polizia (con decisione n. 2005/681/Gai del Consiglio del 20 dicembre 2005, in *Gu-Ue* n. L 256 del 1° ottobre 2005, p. 63 ss). L'Accademia (Cepol) succede all'organismo istituito con decisione n. 2000/820/Gai del Consiglio del 22 dicembre 2000, in *Guce* n. L 336 del 30 dicembre 2001, p. 1 ss.

⁴ Cfr. sulle caratteristiche del metodo intergovernativo, proprio del secondo e del terzo pilastro dell'Unione europea, e di quello comunitario, D. O'KEEFFE, *La cooperazione intergovernativa e il Terzo pilastro del Trattato sulla Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, p. 651 ss.; R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, p. 481 ss.; E. DE MARCO, *Metodi intergovernativi, metodi "comunitari" e multilevel governance nell'ambito dell'Unione europea*, in P. BILANCIA (a cura di), *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione europea e Mercosur*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 173 ss.; J. ZILLER, *Metodo comunitario e metodo intergovernativo a confronto, nell'intrecciamento fra diritto europeo e diritto nazionale*, ivi, p. 187 ss.

terzo comma dell'art. 28 del TUE, al loro prodotto interno lordo. Sono gli Stati membri che, inoltre, determinano – mediante accordi – i privilegi e le immunità di cui godono.

Gli organismi creati in forza delle disposizioni dei Titoli V e VI del TUE, in quanto funzionali agli interventi operativi dell'Unione nel campo della politica estera e di sicurezza comune o all'attuazione della cooperazione di polizia, sono enti ausiliari del Consiglio, competente a decidere in tali settori⁵.

Le marcate diversità esistenti tra soggetti, sorti in virtù delle disposizioni dei diversi pilastri dell'Unione europea, rendono necessario limitare l'ambito della presente indagine alla più omogenea categoria costituita dagli enti creati in base al diritto comunitario.

Un primo gruppo è costituito dalle agenzie di regolazione.

Il termine, come si chiarirà, non implica l'assunzione in ambito comunitario dei concetti che la dottrina anglosassone, che l'ha coniato, gli riconnette.

Esso, invece, come si può cogliere dalle indicazioni fornite al riguardo dalla Commissione, indica l'ingerenza degli enti in esame nella disciplina di un certo settore a livello europeo e, in particolare, nell'attuazione delle politiche comunitarie⁶.

Il concetto di regolazione applicato in ambito comunitario deve peraltro essere ulteriormente precisato, considerando il principio delle competenze di attribuzione che lo caratterizza, con riferimento ai compiti ed agli obiettivi previsti dal Trattato Ce.

Ne deriva che sono da considerarsi agenzie di regolazione quegli enti comunitari che, ponendo in essere misure di varia portata dirette ad incidere sulla formazione, adozione ed attuazione della disciplina comunitaria, svolgono funzioni inquadrabili alla luce degli scopi e nell'ambito delle attività di cui agli artt. 2 e 3 del Trattato Ce.

Tali organismi sono, di volta in volta, definiti dai rispettivi atti istitutivi, «Centro», «Osservatorio», «Fondazione», «Autorità», «Istituto» o, termine che designa ormai nel linguaggio comune l'intera categoria, «Agenzia».

⁵ Al solo scopo di delimitare il campo della presente indagine appare sufficiente avere individuato le principali diversità tra le agenzie comunitarie e gli organismi menzionati. V. KRONENBERGER, *Vers la création d'Agences de l'Union européenne?*, cit. supra, nota 2, p. 201 e 206 che configura quelli basati sulle disposizioni del titolo V del TUE come «organismes subsidiaires internes au Conseil de l'Union» che soltanto formalmente possono essere considerati agenzie; o come «organismes sui generis, satellites des institutions de l'Union européenne». Occorre osservare che, specie a seguito della citata decisione n. 2005/681/GAI del Consiglio, l'Accademia europea di polizia ha diverse caratteristiche comuni con le agenzie comunitarie.

⁶ La Comunicazione della Commissione sull'inquadramento delle agenzie europee di regolazione, cit. supra, nota 1, p. 4, definisce di regolazione le agenzie «incaricate di partecipare attivamente all'esercizio della funzione esecutiva mediante atti che contribuiscono alla regolamentazione di un dato settore». La partecipazione alla funzione esecutiva, se si considerano i compiti di assistenza e consulenza degli enti comunitari, è una nozione assai ampia che si identifica con l'incidenza della loro attività sulla formazione ed adozione del diritto comunitario e sulla sua attuazione ad opera degli Stati membri. Una più ristretta accezione del concetto, come si osserverà, si impone se si ha riguardo all'attività delle agenzie che consiste nell'adozione di atti che hanno effetti obbligatori per i terzi.

Quest'ultima locuzione è, con il suddetto significato, impiegata dallo stesso diritto comunitario che, ad esempio, ha qualificato come «agenzia comunitaria» l'Autorità di vigilanza europea del sistema globale di radionavigazione via satellite (GNSS).

Alcune agenzie contribuiscono principalmente a realizzare politiche ed obiettivi di natura sociale, o, comunque, di carattere non economico.

Diverse mirano alla costituzione od al miglior funzionamento del mercato interno, nonché all'attuazione di politiche comuni.

Esiste, infine, una terza serie di enti che tendono a raggiungere sia scopi economici che sociali⁷.

Nel primo gruppo rientrano il Centro europeo per lo sviluppo della formazione professionale⁸, la Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro⁹, l'Agenzia europea dell'Ambiente¹⁰, la Fondazione eu-

⁷ G. MAJONE, *The European Community as a Regulatory State*, in *Rec. Cours de l'Académie de droit eur.*, 1994, p. 323 ss. distingue la regolazione economica (p. 349) che è diretta «to increase the efficiency of the economy by correcting market failures» da quella sociale (p. 396), che è tesa «to solve problems created by specific types of market failures such as negative externalities and information failures». Entrambe si differenziano, poi, dalla «social policy» il cui (p. 370) «central core consist of social insurance, public assistance, the health and welfare services, housing policy».

Classificano diversamente in base a vari criteri le agenzie J.-F. COUZINET, *Agences et compétences des Etats et de l'Union*, in J.-F. COUZINET (coord.), *Les Agences de l'Union européenne*, cit. supra, nota 1, p. 31 ss.; G. MAJONE, *Le agenzie regolative europee*, in S. FABBRINI, *L'Unione europea. Le istituzioni e gli attori di un sistema sopranazionale*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 171 ss.; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 261 ss.; L. FUMAGALLI, *Art. 2 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 192, avverte che anche il conseguimento di obiettivi sociali, come, ad esempio, quello di parità tra uomo e donna, può avere notevoli risvolti economici.

⁸ Il Centro è stato istituito con regolamento (Cee) n. 337/75 del Consiglio del 10 febbraio 1975, in *Guce* n. L 39 del 13 febbraio 1975, p. 1 ss. L'ente ha il compito di fornire alla Commissione un contributo per favorire la promozione e lo sviluppo della formazione professionale e della formazione continua a livello comunitario. Il suo Consiglio di amministrazione si compone di rappresentanti dei Governi degli Stati membri e delle organizzazioni di categoria, nominati dal Consiglio, nonché di rappresentanti della Commissione. Il direttore del Centro è nominato dalla Commissione sulla base di un elenco di candidati predisposto dal Consiglio di amministrazione. Cfr. J. VAN RENS, *The European Centre for the Development of Vocational Training*, in A. KREHER (ed.), *The EC Agencies between Community Institutions and Constituents*, cit. supra, nota 1, p. 83 ss.; S. CALS, *Les Agences communautaires décentralisées en matière de formation: le Centre européen pour le développement de la formation professionnelle (CEDEFOP) et la Fondation européenne pour la formation*, in J.-F. COUZINET (coord.), *Les Agences de l'Union européenne*, loc. cit., p. 151 ss.

⁹ La Fondazione è stata istituita con regolamento (Cee) n. 1365/75 del Consiglio del 26 maggio 1975, in *Guce* n. L 139 del 30 maggio 1975, p. 1 ss. L'ente ha lo scopo di contribuire alla concezione e realizzazione di migliori condizioni di vita e di lavoro, sviluppando e diffondendo le cognizioni all'uopo necessarie. Il Consiglio di amministrazione ed il direttore, affiancati da un Comitato di esperti, sono composti e nominati analogamente a quanto previsto per il Centro europeo per lo sviluppo della formazione professionale. Cfr. C. PURKISS, *The European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, in A. KREHER (ed.), *The EC Agencies between Community Institutions and Constituents*, loc. cit., p. 91 ss.; F. SUQUET - S. RAFFENEAU, *La Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail et l'Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail*, in J.-F. COUZINET (coord.), *Les Agences de l'Union européenne*, loc. ult. cit., p. 259 ss.

¹⁰ L'Agenzia è stata istituita con regolamento (Cee) n. 1210/90 del Consiglio del 7 maggio 1990, in *Guce* n. L 120 dell'11 maggio 1990, p. 1 ss. L'ente ha lo scopo di fornire alla Comunità ed agli Stati membri le informazioni necessarie per l'adozione di misure dirette a proteggere l'ambiente. A tal fine l'Agenzia istituisce e coordina una rete europea di informazioni e osservazioni in ma-

ropea per la formazione professionale¹¹, l'Osservatorio europeo delle droghe e delle tossicodipendenze¹², l'Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro¹³ ed il Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie¹⁴.

teria ambientale alla quale partecipano strutture specialistiche nazionali. Al vertice dell'Agenzia è posto un Consiglio di amministrazione composto da un rappresentante per ciascun Stato membro, da due rappresentanti della Commissione e da due specialisti del settore nominati dal Parlamento europeo. Legale rappresentante dell'ente, nel cui ambito opera un Comitato scientifico di esperti in materia ambientale, è, come di consueto, il direttore, nominato dal Consiglio di amministrazione su proposta della Commissione. Cfr. D. JIMENEZ-BELTRAN, *The European Environment Agency*, in A. KREHER (ed.), *The EC Agencies between Community Institutions and Constituents*, cit. supra, nota 1, p. 59 ss.; M. MEDDEB, *L'Agence européenne pour l'environnement, un outil indispensable de la politique environnementale européenne*, in J.-F. COUZINET (coord.), *Les Agences de l'Union européenne*, cit. supra, nota 1, p. 243 ss.

¹¹ La Fondazione è stata istituita con regolamento (Cee) n. 1360/90 del Consiglio del 7 maggio 1990, in *Guce* n. L 131 del 23 maggio 1990, p. 1 ss. L'ente contribuisce, anche cooperando con organismi comunitari od attuando iniziative o progetti pilota, allo sviluppo del sistema di formazione professionale in alcuni Paesi. Il suo Consiglio di amministrazione si compone di un rappresentante di ciascun Stato membro e di due rappresentanti della Commissione. È altresì prevista la costituzione di un Comitato consultivo di esperti. Il direttore è nominato dal Consiglio di amministrazione su proposta della Commissione. Cfr. P. DE ROOIJ, *The European Training Foundation*, in A. KREHER (ed.), *The EC Agencies between Community Institutions and Constituents*, loc. cit., p. 81 ss.; S. CALS, *Les Agences communautaires décentralisées en matière de formation*, cit. supra, nota 7, p. 151 ss.

¹² L'Osservatorio è stato istituito con regolamento (Cee) n. 302/93 del Consiglio dell'8 febbraio 1993, in *Guce* n. L 36 del 12 febbraio 1993, p. 1 ss. L'ente fornisce alla Comunità ed agli Stati membri informazioni a livello europeo sul fenomeno delle droghe e delle tossicodipendenze e sulle loro conseguenze. L'Osservatorio costituisce e coordina, in consultazione e cooperazione con le competenti autorità degli Stati membri, la rete europea sulle droghe e tossicodipendenze (Reitox).

Il suo Consiglio di amministrazione è composto da un rappresentante per ciascun Stato membro, da due rappresentanti della Commissione e da due personalità scientifiche nominate dal Parlamento europeo. Il direttore è nominato dal Consiglio di amministrazione su proposta della Commissione. È anche prevista la costituzione di un Comitato scientifico i cui componenti sono nominati dagli Stati membri e dal Consiglio di amministrazione. Cfr. G. ESTIEVENART, *L'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies*, in A. KREHER (ed.), *The EC Agencies between Community Institutions and Constituents*, loc. cit., p. 69 ss.; V. MAERTEN, *L'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies (OEDT)*, in J.-F. COUZINET (coord.), *Les Agences de l'Union européenne*, loc. cit., p. 207 ss.

¹³ L'Agenzia è stata istituita con regolamento (Ce) n. 2062/94 del Consiglio del 18 luglio 1994, in *Gu-Ue* n. L 216 del 20 agosto 1994, p. 1 ss. L'ente si propone di fornire agli organi comunitari, agli Stati membri, alle parti sociali ed agli ambienti interessati, le informazioni tecniche, scientifiche ed economiche utili nel campo della sicurezza e della salute sul lavoro. L'agenzia, a tal fine, costituisce una rete di organismi nazionali e comunitari attivi nel settore. Il suo Consiglio di direzione si compone di rappresentanti degli Stati membri e delle organizzazioni di categoria, nominati dal Consiglio, nonché di rappresentanti della Commissione. Il direttore dell'agenzia è nominato dal Consiglio di direzione su proposta della Commissione. Cfr. H.-H. KONKOLEWSKY, *The European Agency for Safety and Health at Work*, in A. KREHER (ed.), *The EC Agencies between Community Institutions and Constituents*, cit. supra, nota 1, p. 73 ss.; F. SUQUET - S. RAFFENEAU, *La Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail*, cit. supra, nota 9.

¹⁴ Il Centro è stato istituito con regolamento (Ce) n. 851/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, in *Guce* n. L 142 del 30 aprile 2004, p. 1 ss. La missione dell'ente è quella di assistere la Comunità e gli Stati membri mediante l'individuazione, la valutazione e la comunicazione dei rischi attuali ed emergenti che, per la salute umana, rappresentano le malattie trasmissibili.

Il Consiglio di amministrazione è composto da un rappresentante per ciascun Stato membro, nonché da due membri nominati dal Parlamento europeo e da tre membri nominati dalla Commissione. Il direttore è nominato dal Consiglio di amministrazione sulla base di un elenco di candidati predisposto dalla Commissione a seguito di una selezione pubblica. Opera anche un *forum* consultivo composto dai rappresentanti di istanze tecnicamente competenti degli Stati membri.

Si tratta di soggetti che, contribuendo ad attuare le politiche sociali, di formazione professionale, dell'ambiente e della sanità, si prefiggono di conseguire un elevato livello di protezione dei cittadini in tali settori, nonché di migliorare il tenore e la qualità della loro vita.

In questo ambito rientrano anche l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali¹⁵ e l'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere¹⁶ che concorrono alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, e, in particolare, al rispetto del divieto di discriminazioni fondate sul sesso, sulla razza e sulla nazionalità.

Al secondo gruppo che è stato individuato appartengono, in primo luogo, l'Ufficio di armonizzazione a livello di mercato interno (marchi, disegni e modelli)¹⁷ e l'Ufficio comunitario delle varietà vegetali¹⁸, che, concedendo di-

¹⁵ L'Agenzia è stata istituita con regolamento (Ce) n. 168/2007 del Consiglio del 15 febbraio 2007, in *Gu-Ue* n. L 53 del 22 febbraio 2007, p. 1 ss. L'ente succede all'Osservatorio europeo dei fenomeni di razzismo e xenofobia istituito con l'abrogato regolamento (Ce) n. 1035/97 del Consiglio del 2 giugno 1997, in *Guce* n. L 151 del 10 giugno 1977, p. 1 ss.

L'Agenzia ha lo scopo di fornire alle competenti istituzioni, organi ed agenzie comunitarie e degli Stati membri, assistenza e consulenza in materia di diritti fondamentali. Il Consiglio di amministrazione è composto da personalità indipendenti in rappresentanza di ciascun Stato membro e del Consiglio d'Europa, nonché da due rappresentanti della Commissione. Il direttore è nominato dal Consiglio di amministrazione mediante una procedura di concertazione con la Commissione, il Parlamento europeo ed il Consiglio. Sono altresì previsti un ufficio di presidenza ed un comitato scientifico. Cfr. S. MAGNIN, *L'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes (EUMC)*, in J.-F. COUZINET (coord.), *Les Agences de l'Union européenne*, cit. supra, nota 1, p. 219 ss.

¹⁶ L'Istituto è stato creato con regolamento (Ce) n. 1922/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006, in *Gu-Ue* n. L 403 del 30 dicembre 2006, p. 9 ss.

L'ente ha l'obiettivo di sostenere e rafforzare l'uguaglianza di genere e di lottare contro le discriminazioni fondate sul sesso, fornendo assistenza alle istituzioni comunitarie ed alle autorità nazionali. Il Consiglio di amministrazione è composto da rappresentanti di ciascun Stato membro, nominati dal Consiglio, nonché da un rappresentante della Commissione. Il direttore è nominato dal Consiglio di amministrazione in base ad un elenco predisposto dalla Commissione mediante selezione pubblica e previa audizione del candidato da parte del Parlamento europeo o della Commissione. È previsto anche un *forum* di esperti in materia di uguaglianza di genere.

¹⁷ L'Ufficio è stato istituito con regolamento (Ce) n. 40/94 del Consiglio del 20 dicembre 1993, in *Guce* n. L 11 del 14 gennaio 1994, p. 1 ss. L'Ufficio, come quello delle varietà vegetali, cura l'istruttoria conseguente alle domande di registrazione degli interessati, assumendo la decisione finale circa l'accoglimento od il rigetto della richiesta. Spetta, inoltre, ai due Uffici intervenire successivamente sull'oggetto della registrazione, dichiarando la decadenza o la nullità del marchio o dichiarando la nullità od annullando la privativa per i ritrovati vegetali. Le due agenzie devono, inoltre, cooperare con le autorità comunitarie e nazionali dotate di competenza in materia.

I membri dei Consigli di amministrazione dei due Uffici si compongono di un rappresentante per ciascun Stato membro e di un rappresentante della Commissione. Entrambi gli enti sono diretti dal rispettivo presidente, eletto tra i componenti del Consiglio di amministrazione. Tra gli organi dei due Uffici sono comprese le commissioni di ricorso che verificano la legittimità di alcuni atti delle agenzie su richiesta degli interessati. Cfr. J.-C. COMBALDIEU, *L'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (Marques, dessins et modèles)*, in A. KREHER (ed.), *The EC Agencies between Community Institutions and Constituents*, cit. supra, nota 1, p. 111 ss.; C. GRYNFOGEL, *L'Office de l'Harmonisation dans le Marché intérieur*, in J.-F. COUZINET (coord.), *Les Agences de l'Union européenne*, cit. supra, nota 1, p. 169 ss.

¹⁸ L'Ufficio, i cui compiti e la cui struttura sono analoghi a quello di armonizzazione a livello di mercato interno, è stato istituito con regolamento (Ce) n. 2100/94 del Consiglio del 27 luglio 1994, in *Guce* n. L 227 del 1° settembre 1994, p. 1 ss. Cfr. B. P. KIEWIET, *The Community Plant Variety Office*, in A. KREHER (ed.), *The EC Agencies between Community Institutions and Constituents*, loc. cit., p. 105 ss.; G. SEBASTIEN, *L'Office communautaire des variétés végétales*, in J.-F. COUZINET (coord.), *Les Agences de l'Union européenne*, loc. cit., p. 281 ss.

ritti di proprietà industriale validi in tutta la Comunità, agevolano la libera circolazione dei prodotti nei territori dei Paesi membri.

Tende, con la propria attività di assistenza alla Commissione ed agli Stati membri, a superare possibili turbamenti del mercato determinati dalla complessità tecnica dei sistemi di diffusione delle informazioni, l'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione¹⁹.

Connessa all'instaurazione di uno spazio senza frontiere interne nel quale sia assicurata la libera circolazione delle persone è, poi, l'attività dell'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea²⁰.

Sono funzionali alle politiche comuni nei settori dei trasporti e della pesca, l'Agenzia europea per la sicurezza marittima²¹, l'Agenzia europea per la sicurezza aerea²², l'Agenzia ferroviaria europea²³ e l'Agenzia comunitaria di

¹⁹ L'Agenzia è stata istituita con regolamento (Ce) n. 460/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 marzo 2004, in *Gu-Ue* n. L 77 del 13 marzo 2004, p. 1 ss. L'ente assiste la Comunità e gli Stati membri al fine di soddisfare i requisiti di sicurezza delle reti e dell'informazione, assicurando il buon funzionamento del mercato interno.

Il Consiglio di amministrazione è composto da un rappresentante per ciascun Stato membro, da tre rappresentanti della Commissione e da tre rappresentanti dei gruppi interessati, privi di diritto di voto, nominati dal Consiglio. Il Consiglio di amministrazione, previa sua audizione da parte del Parlamento europeo, nomina il direttore sulla base di un elenco di candidati predisposto dalla Commissione mediante selezione pubblica. È anche prevista l'istituzione di un gruppo permanente delle parti interessate, composto da esperti in vari campi.

²⁰ L'Agenzia è stata istituita con regolamento (Ce) n. 2007/2004 del Consiglio del 26 ottobre 2004, in *Gu-Ue* n. L 349 del 25 novembre 2004, p. 1 ss. L'ente facilita il coordinamento delle azioni degli Stati membri, intraprese in forza del diritto comunitario, alle frontiere esterne dell'Unione europea (cfr. il regolamento (Ce) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, in *Gu-Ue* n. L 105 del 13 aprile 2006, p. 1 ss.). La stessa Agenzia può anche avviare iniziative relative ad operazioni congiunte degli Stati membri o intraprendere progetti pilota in collaborazione con questi ultimi. Il Consiglio di amministrazione si compone di un rappresentante per ciascun Stato membro e di due rappresentanti della Commissione. Il direttore è nominato dal Consiglio di amministrazione sulla base di un elenco di candidati predisposto, previa selezione pubblica, dalla Commissione.

²¹ L'Agenzia è stata istituita con regolamento (Ce) n. 1406/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 giugno 2002, in *Guce* n. L 208 del 5 agosto 2002, p. 1 ss. L'ente fornisce assistenza alla Commissione ed agli Stati membri per la corretta attuazione della normativa comunitaria nel settore della sicurezza marittima e della prevenzione dell'inquinamento causato da navi. Esso può altresì effettuare visite presso gli Stati membri del cui esito dà conto in una relazione trasmessa alla Commissione ed allo Stato interessato. Il Consiglio di amministrazione si compone di un rappresentante per ciascun Stato membro, di quattro rappresentanti della Commissione e di quattro esperti, senza diritto di voto, nominati da tale istituzione. Il direttore è nominato dal Consiglio di amministrazione sulla base della proposta di uno o più candidati effettuata dalla Commissione.

²² L'Agenzia è stata istituita con regolamento (Ce) n. 1592/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 luglio 2002, in *Guce* n. L 240 del 7 settembre 2002, p. 1 ss. L'ente fornisce consulenza ed assistenza alla Commissione su questioni riguardanti la sicurezza degli aeromobili e loro parti. L'organismo è dotato di un potere ispettivo nei confronti degli Stati membri; adotta le norme tecniche rivolte agli operatori del settore e certifica l'idoneità dei prodotti aeronautici e delle organizzazioni coinvolte nella loro progettazione, produzione e manutenzione. La struttura dell'Agenzia prevede un Consiglio di amministrazione, composto da un rappresentante di ciascun Stato membro e da un rappresentante della Commissione; un direttore, nominato dal Consiglio di amministrazione su proposta della Commissione, ed una o più commissioni di ricorso, con il compito di sindacare la legittimità degli atti dell'Agenzia. Cfr. V. RANDAZZO, *Alcuni profili problematici relativi all'attribuzione di funzioni all'Agenzia europea per la sicurezza aerea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, p. 847 ss.

controllo della pesca²⁴.

L'Autorità di vigilanza europea GNSS che gestisce il programma comunitario di radionavigazione satellitare Galileo, garantendo la sicurezza e continuità dei servizi effettuati agli utenti, svolge un'attività tesa a consentire l'attuazione di diverse politiche comunitarie, come, ad esempio, quelle menzionate dei trasporti e della pesca²⁵.

Una terza serie di enti, come l'Autorità europea per la sicurezza alimentare²⁶, l'Agenzia europea per i medicinali²⁷ e l'Agenzia europea per le sostanze

²³ L'Agenzia è stata istituita con regolamento (Ce) n. 881/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, in *Gu-Ue* n. L 164 del 30 aprile 2004, p. 3 ss. L'ente contribuisce sul piano tecnico, anche rilasciando pareri, all'attuazione della normativa comunitaria nel settore ferroviario. Il Consiglio di amministrazione si compone di un rappresentante di ciascun Stato membro, di quattro rappresentanti della Commissione e di sei rappresentanti dei settori interessati nominati dalla Commissione, privi di diritto di voto. Il direttore è nominato dal Consiglio di amministrazione. La Commissione può proporre uno o più candidati alla direzione. Cfr. M. FRIGO, *Politica comunitaria dei trasporti, sicurezza e attuazione dello "spazio ferroviario europeo"*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 203 ss.

²⁴ L'Agenzia è stata istituita con regolamento (Ce) n. 768/2005 del Consiglio del 26 aprile 2005, in *Gu-Ue* n. L 128 del 21 maggio 2005, p. 1 ss. L'ente assiste gli Stati membri per garantire il rispetto della normativa comunitaria ed organizza, attuando appositi piani, il coordinamento operativo delle attività di controllo e di ispezione della pesca praticate dagli Stati membri.

Il Consiglio di amministrazione è formato da un rappresentante per ciascun Stato membro e da sei rappresentanti della Commissione. Il direttore è nominato dal Consiglio di amministrazione sulla base di una lista, di almeno due candidati, predisposta dalla Commissione a seguito di una selezione pubblica. Cfr. C. FIORAVANTI, *Il diritto comunitario della pesca*, Padova, Cedam, 2007, p. 223 ss.

²⁵ L'Autorità è stata istituita con regolamento (Ce) n. 1321/2004 del Consiglio del 12 luglio 2004, in *Gu-Ue* n. L 246 del 20 luglio 2004, p. 1 ss. L'ente è stato costituito al fine di gestire gli interessi pubblici inerenti ai programmi GNSS europei e svolgere il ruolo di autorità di regolamentazione nella fase costitutiva ed in quella operativa del programma comunitario di radionavigazione satellitare Galileo. Esercita, quindi, nei confronti di quest'ultimo i poteri necessari per garantire la continuità e la sicurezza dei servizi offerti e la loro rispondenza al pubblico interesse. Oltre che di comitati tecnici, l'ente si compone di un Consiglio di amministrazione formato, in qualità di membri effettivi, da un rappresentante di ciascun Stato membro e da un rappresentante della Commissione. Il direttore è nominato dal Consiglio di amministrazione sulla base di un elenco di candidati predisposto dalla Commissione.

²⁶ L'Autorità è stata istituita con regolamento (Ce) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002, in *Guce* n. L 31 del 1° febbraio 2002, p. 1 ss. L'ente offre consulenza ed assistenza alle istituzioni ed agli Stati membri in tutti i campi che hanno un'incidenza diretta od indiretta sulla sicurezza dei mangimi e degli alimenti. L'Autorità fornisce anche informazioni, comunica i rischi e promuove la creazione di reti tra organismi specializzati nel suo campo d'attività. Il Consiglio di amministrazione si compone di membri nominati dal Consiglio, in consultazione con il Parlamento europeo, sulla base di un elenco formato dalla Commissione. Il direttore è scelto dal Consiglio di amministrazione nell'ambito di un elenco proposto dalla Commissione previa selezione pubblica. Fanno parte dell'agenzia, tra l'altro, organi tecnici che hanno il compito di formulare i pareri di sua competenza. Cfr. N. DE GROVE-VALDEYRON, *L'Autorité alimentaire européenne*, in J.-F. COUZINET (coord.), *Les Agences de l'Union européenne*, cit. supra, nota 1, p. 295 ss.; AA.VV., *La sicurezza alimentare nell'Unione europea (reg. n. 178/02/Ce)*, Commentario, a cura dell'I.D.A.I.C., in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, p. 114 ss.; G. NICOLINI, *Immissione in commercio del prodotto agro-alimentare. Regole comunitarie e competenze dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare. Gli alimenti e i mangimi geneticamente modificati*, Torino, Giappichelli, 2005; F. CAPELLI - B. KLAUS - V. SILANO, *Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 346 ss.

²⁷ L'Agenzia è stata istituita con il regolamento (Ce) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, in *Gu-Ue* n. L 136 del 30 marzo 2004, p. 1 ss. che ha sostituito il regolamento (Cee) n. 2309/93 del Consiglio del 22 luglio 1993, in *Guce* n. L 214 del 24 agosto 1993, p. 1 ss., istitutivo dell'Agenzia europea di valutazione dei medicinali. Il principale compito dell'en-

chimiche²⁸, si occupa sia della tutela della salute sia della creazione di un unico mercato in cui circolano liberamente prodotti sicuri.

Un caso a sé stante è, da ultimo, costituito dal Centro di traduzione degli organismi dell'Unione europea²⁹, che esplica un servizio di traduzione connesso all'attività di regolazione di una serie di agenzie specificate nel suo atto istitutivo e, eventualmente e previo accordo con gli stessi, anche relativo all'attività di altri organi, organismi ed istituzioni comunitarie.

Per costituire gli enti in esame sono sempre stati utilizzati regolamenti, il cui fondamento giuridico è mutato nel tempo.

In un primo periodo, che termina con l'anno 2000, è possibile rinvenire al riguardo due contrapposti indirizzi.

In base al primo, le istituzioni ritengono di poter creare nuovi soggetti giuridici in virtù dei poteri impliciti ad esse attribuiti dalle norme del Trattato. Esprime questa concezione il regolamento (Cee) n. 1210/90 del Consiglio del 7 maggio 1990 che, fondandosi sull'art. 130 S del Trattato Cee, ha istituito l'Agenzia europea dell'ambiente. Secondo il suo preambolo le competenze attribuite da tale norma in materia ambientale alle istituzioni comunitarie con-

te è di fornire alle istituzioni comunitarie ed agli Stati membri pareri scientifici per consentire l'esercizio dei poteri loro conferiti dalla normativa comunitaria in materia di autorizzazione e sorveglianza dei medicinali. Il Consiglio di amministrazione si compone di un rappresentante di ciascun Stato membro, di due rappresentanti della Commissione e di due rappresentanti del Parlamento europeo. Il Consiglio nomina altresì nel Consiglio di amministrazione, in consultazione con il Parlamento europeo e sulla base di un elenco stilato dalla Commissione, rappresentanti delle organizzazioni dei pazienti, dei medici e dei veterinari. Il direttore è nominato, previa sua audizione da parte del Parlamento europeo, dal Consiglio di amministrazione su proposta della Commissione e sulla base di un elenco da essa predisposto mediante selezione pubblica. I pareri dell'Agenzia sono predisposti da appositi comitati scientifici. Cfr. F. SAUER, *The European Agency for the Evaluation of Medicinal Products*, in A. KREHER (ed.), *The EC Agencies between Community Institutions and Constituents*, cit. supra, nota 1, p. 95 ss.; G. MAGRINI - M.-A. RAKOTOVAHINY, *L'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments*, in J.-F. COUZINET (coord.), *Les Agences de l'Union européenne*, cit. supra, nota 1, p. 237 ss.

²⁸ L'Agenzia è stata istituita con regolamento (Ce) n. 1207/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2006, in *Gu-UE* n. L 396 del 30 dicembre 2006, p. 1 ss.

L'ente, in particolare, cura la registrazione delle sostanze chimiche; autorizza lo svolgimento di sperimentazioni finalizzate alla registrazione o ne inibisce lo svolgimento; conduce le istruttorie preliminari al rilascio delle autorizzazioni, di competenza della Commissione, alla commercializzazione ed all'utilizzazione di alcune sostanze.

Il Consiglio di amministrazione si compone di rappresentanti, nominati dal Consiglio, di ciascun Stato membro; di un massimo di sei rappresentanti della Commissione e di due personalità indipendenti nominate dal Parlamento europeo. Il direttore è nominato dal Consiglio di amministrazione in base ad un elenco di candidati predisposto, previa selezione pubblica, dalla Commissione. L'Agenzia si compone anche di organi tecnici incaricati di rendere i pareri di sua competenza e di commissioni di ricorso competenti a sindacare la legittimità dei suoi atti.

²⁹ Il Centro è stato istituito con regolamento (Ce) n. 2965/94 del Consiglio del 28 novembre 1994, in *Guce* n. L 314 del 7 dicembre 1994, p. 1 ss. L'ente assicura i servizi di traduzione necessari al funzionamento degli organismi indicati nel regolamento istitutivo o con i quali ha concluso accordi.

Il Consiglio di amministrazione è composto dai rappresentanti degli organismi per i quali opera, da un rappresentante per ciascun Stato membro e da due rappresentanti della Commissione, tra i quali è scelto il Presidente. Il direttore è nominato, su proposta della Commissione, dal Consiglio di amministrazione. Cfr. F. DE VINCENTE, *The Translation Centre for the Bodies of the European Union*, in A. KREHER (ed.), *The EC Agencies between Community Institutions and Constituents*, loc. cit., p. 101 ss.

sentono, implicitamente, anche di creare un ente, non espressamente previsto, che opera in tale settore.

In virtù di un secondo indirizzo, all'epoca prevalente, nuovi soggetti possono invece essere creati soltanto utilizzando la disposizione (ex art. 235) corrispondente a quello che attualmente è l'art. 308 del Trattato Ce³⁰. Esemplare, in questo senso, è il preambolo del regolamento n. 1035/97 del Consiglio del 2 giugno 1997, ove si puntualizza che le competenze espressamente previste dal Trattato per la raccolta e l'analisi di informazioni non forniscono il potere implicito di creare l'Osservatorio europeo dei fenomeni di razzismo e xenofobia, il cui atto costitutivo, conseguentemente, doveva fondarsi sull'art. 235 del Trattato.

Dopo il periodo indicato prevale il primo orientamento.

Può, ormai, considerarsi pacificamente accolta in ambito comunitario l'interpretazione che attribuisce alle istituzioni il potere implicito di creare nuovi soggetti nelle materie in cui esse hanno, secondo il Trattato, competenze espresse³¹.

Non è certamente estranea all'affermarsi di questa soluzione la volontà di valorizzare il ruolo del Parlamento europeo che non si limita più a fornire, come avverrebbe utilizzando l'art. 308 del Trattato, un parere consultivo, ma che sempre più spesso assume la veste di co-legislatore³².

³⁰ È possibile ricorrere, in via sussidiaria, all'art. 308 del Trattato Ce quando esso non ha né espressamente, né implicitamente previsto i poteri d'azione richiesti per intraprendere un'azione necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità. La norma, che prevede una deliberazione unanime del Consiglio previa consultazione del Parlamento europeo, ha ricevuto ampia applicazione. Essa ha, infatti, consentito di intraprendere azioni necessarie per conseguire obiettivi anche soltanto immanenti od impliciti nel sistema comunitario. V., al riguardo, L. FUMAGALLI, *Art. 308 TCE*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 308 ss.; G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, III ed., Bari, Laterza, 2003, p. 87 ss.; S. BARIATTI, *Art. 308 TCE*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit. supra, nota 7, p. 1376 ss.

³¹ La Comunicazione della Commissione sull'inquadramento delle agenzie europee di regolazione, cit. supra, nota 1, p. 7, segnala che: «tenuto conto che l'agenzia di regolazione costituisce uno strumento per l'attuazione di una determinata politica comunitaria, ne deriva che l'atto giuridico relativo alla sua istituzione deve essere basato sulla disposizione del Trattato che costituisce la base giuridica specifica di detta politica». Pertanto essa prosegue constatando che: «il legislatore ha abbandonato la linea precedentemente seguita, che consisteva nell'utilizzare sistematicamente come base giuridica l'art. 308 del Trattato Ce». Anche S. BARIATTI, *Art. 308 TCE*, loc. cit., p. 1397 sostiene che: «quando si tratti di istituire un organo, una procedura o una struttura speciale in attuazione di obiettivi stabiliti da una norma del trattato che non attribuisca tale potere in modo esplicito la teoria dei poteri impliciti sarebbe sufficiente al raggiungimento dello scopo». Nonostante le perplessità sul punto espresse dall'Avvocato Generale J. Kokott (conclusioni del 22 settembre 2005, in *Raccolta*, 2006, I, p. 3785 s.), la sentenza della Corte di giustizia del 2 maggio 2006 in causa n. C-217/04, *Regno Unito c. Parlamento*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 3771 ss., ha ritenuto che il regolamento istitutivo dell'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione si fondasse legittimamente sull'art. 95 del Trattato Ce. Dopo l'anno 2000 l'art. 308 è stato utilizzato soltanto per istituire l'Autorità di vigilanza europea GNSS e l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali.

³² R. ADAM, *Art. 7 TCE*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit. supra, nota 7, p. 214, ritiene che il rilievo istituzionale degli atti che creano nuovi enti richiederebbe l'utilizzazione dell'art. 308 del Trattato Ce. Secondo E. CHITI, *Le agenzie europee*, cit. supra, nota 1, p. 374, il principio di leale cooperazione previsto dall'art. 10 del Trattato Ce, «costituisce la fonte di un obbligo generale di cooperazione (...) che pare giustificare l'istituzione, nell'ordinamento ultrastatuale, di uffici finalizzati allo svolgimento di attività di collaborazione tra

Occorre infine considerare che l'istituzione delle agenzie di regolazione deve essere giustificata sotto il profilo del rispetto del principio di sussidiarietà, poiché esse rappresentano strumenti per cogliere obiettivi che, in caso di competenze concorrenti, anche gli Stati membri avrebbero potuto realizzare.

L'intervento di questi ultimi deve quindi, secondo il disposto dell'art. 5 del Trattato Ce, dimostrarsi insufficiente per raggiungere risultati che "dunque" possono essere meglio conseguiti con la creazione delle agenzie.

In effetti, i più recenti regolamenti istitutivi danno costantemente atto dell'esistenza delle condizioni cui l'intervento della Comunità è subordinato al citato art. 5, che è del resto espressamente richiamato nei relativi preamboli³³.

2. *Segue: La personalità giuridica*

Tutti gli atti istitutivi delle agenzie comunitarie di regolazione attribuiscono loro la personalità giuridica. Il fenomeno si inquadra in quello più generale che consiste nell'assunzione da parte del diritto comunitario di quel potere di creare nuovi soggetti giuridici che costituiva una delle più esclusive prerogative degli ordinamenti interni³⁴.

La soggettività comunitaria di tali enti assume specifiche caratteristiche connesse alla circostanza che essi, come anticipato, svolgono compiti tesi al conseguimento di obiettivi comunitari.

Spesso i loro regolamenti istitutivi esprimono sinteticamente questa peculiarità sottolineando che gli enti in esame sono «organi» od «organismi» della Comunità³⁵.

gli Stati membri e le istituzioni comunitarie». Quest'ultima tesi non individua, peraltro, una base giuridica sufficiente per i regolamenti istitutivi delle agenzie in quanto rimane pur sempre da dimostrare l'esistenza, nelle materie delle quali si occupano, della competenza comunitaria.

³³ Così: il punto 18 del preambolo del regolamento (Ce) n. 1592/2002, istitutivo dell'Agenzia europea per la sicurezza aerea; il punto 26 del preambolo del regolamento (Ce) n. 881/2004, istitutivo dell'Agenzia ferroviaria europea; il punto 21 del preambolo del regolamento (Ce) n. 2007/2004, istitutivo dell'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne dell'Unione europea; il punto 130 del preambolo del regolamento (Ce) n. 1907/2006, istitutivo dell'Agenzia europea per le sostanze chimiche; il punto 23 del preambolo del regolamento (Ce) n. 1922/2006, istitutivo dell'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere; il punto 30 del preambolo del regolamento (Ce) n. 168/2007, istitutivo dell'Agenzia europea per i diritti fondamentali.

³⁴ N. BASSI, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 138 s.

³⁵ Le espressioni indicate nel testo si rinvengono nel primo comma: dell'art. 111 del regolamento (Ce) n. 40/94, istitutivo dell'Ufficio di armonizzazione a livello di mercato interno (marchi, disegni e modelli); dell'art. 30 del regolamento (Ce) n. 2100/94, istitutivo dell'Ufficio europeo delle varietà vegetali; dell'art. 5 del regolamento (Ce) n. 1406/2002, istitutivo dell'Agenzia europea per la sicurezza marittima; dell'art. 18 del regolamento (Ce) n. 460/2004, istitutivo dell'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione; dell'art. 22 del regolamento (Ce) n. 881/2004, istitutivo dell'Agenzia ferroviaria europea; dell'art. 4 del regolamento (Ce) n. 1321/2004, istitutivo dell'Autorità di vigilanza europea GNSS; dell'art. 15 del regolamento (Ce) n. 2007/2004, istitutivo dell'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea; dell'art. 18 del regolamento (Ce) n. 768/2005, istitutivo dell'Agenzia comunitaria di controllo della pesca; dell'art. 100 del regolamento (Ce) n. 1907/2006, istitutivo

Le espressioni considerate non possono, evidentemente, essere intese in senso tecnico, in quanto manca il connotato caratteristico di tali concetti, costituito dall'imputabilità diretta degli atti e dei comportamenti delle agenzie alla Comunità³⁶.

I termini si giustificano, invece, interpretandoli in senso funzionale, ossia considerando come «organi» od «organismi» della Comunità quegli enti che, pur dotati di propria soggettività, perseguono tuttavia i fini economici e sociali di quest'ultima.

Ne consegue che l'attribuzione di alcuni compiti alle agenzie di regolazione, in quanto diretti a realizzare obiettivi comunitari, tende a soddisfare le esigenze proprie della Comunità. Per questo motivo i regolamenti istitutivi spesso qualificano, riconducendolo alla Comunità, come "pubblico" l'interesse perseguito dalle agenzie³⁷.

La soggettività comunitaria delle agenzie conferisce perciò a tali enti da un lato autonomia, che si sostanzia in attività, struttura e bilancio distinti rispetto alla Comunità. Dall'altro implica che essi operano per cogliere, nel suo interesse, le finalità di quest'ultima.

È importante, in questo senso, considerare la sentenza del 13 maggio 1982 con la quale la Corte di giustizia decise un ricorso di una dipendente del Centro europeo per lo sviluppo della formazione professionale³⁸.

La ricorrente lamentava che la Commissione l'avesse esclusa da un concorso al quale potevano essere ammessi solo i funzionari o gli agenti della Comunità. Punto centrale della vertenza era stabilire se i dipendenti del Centro fossero o meno dipendenti della Comunità.

dell'Agenzia europea per le sostanze chimiche. Ai termini italiani corrispondono nella versione inglese *body*, in quella francese *organisme* ed in quella tedesca *Einrichtung*.

³⁶ La personalità giuridica delle agenzie non costituirebbe ostacolo all'accoglimento di una nozione tecnica di organo. Esistono, infatti, organi dotati di soggettività giuridica. V., in tal senso, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1969, p. 196 ss.; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1988, p. 249 ss.

³⁷ V., ad esempio, i regolamenti istitutivi dell'Autorità di vigilanza europea GNSS (art. 1 del regolamento (Ce) n. 1321/2004) e dell'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere (art. 6 del regolamento (Ce) n. 1922/2006). V., nel senso indicato nel testo, E. CHITI, *Le agenzie europee*, cit. *supra*, nota 1, p. 340 ss.; M. EVERSON, *Good Governance and European Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, in D. GERARDIN - R. MUÑOZ - N. PETIT (ed.), *Regulation through Agencies in the EU*, cit. *supra*, nota 1, p. 146 rileva che: «the particular public interests that individual agencies are required to serve easily identified within funding regulations». Alcune disposizioni stabiliscono che i componenti degli organi delle agenzie devono rendere dichiarazioni attestanti l'inesistenza di conflitti tra i loro interessi privati e quello pubblico perseguito dall'ente. V., al riguardo, l'art. 37 del regolamento (Ce) n. 178/2002, istitutivo dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare; l'art. 19 del regolamento (Ce) n. 851/2004, istitutivo del Centro europeo per la prevenzione ed il controllo delle malattie; l'art. 88 del regolamento (Ce) n. 1907/2006, istitutivo dell'Agenzia europea per le sostanze chimiche; l'art. 16 del regolamento (Ce) n. 168/2007, istitutivo dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali.

³⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 13 maggio 1982 in causa n. 16/81, *Alaimo c. Commissione*, in *Raccolta*, 1982, p. 1559 ss. Cfr., altresì, le considerazioni su tale sentenza, giudicata «molto importante», contenute nelle conclusioni del 24 novembre 1987 dell'Avvocato Generale G. F. Mancini, in *Raccolta*, 1988, p. 1308 ss.

La Commissione, così come l'Avvocato Generale, sosteneva la tesi negativa in base al dato, formalmente ineccepibile, che il Centro possedeva una personalità giuridica distinta da quella della Comunità.

La Corte, respingendo l'argomento, osservò che l'agenzia «ha le caratteristiche di un ente comunitario» e che «fa parte della Comunità europea» poiché i suoi compiti sono funzionalmente connessi a quelli della Comunità³⁹. In particolare il giudice ritenne che la partecipazione dell'ente all'assolvimento dei compiti comunitari fosse dimostrata, oltre che dal suo regolamento istitutivo, anche dal fatto che, per il loro svolgimento, godeva degli stessi privilegi ed immunità attribuiti alla Comunità per l'espletamento delle sue funzioni.

Alla peculiare personalità comunitaria delle agenzie è connesso, come si osserverà in seguito, il particolare regime giuridico cui sono sottoposte⁴⁰.

Le disposizioni comunitarie non si limitano, peraltro, a creare nuovi soggetti giuridici all'interno di tale ordinamento, ma disciplinano anche il loro *status* negli ordinamenti nazionali, disponendo, con una clausola di stile contenuta in ciascun regolamento istitutivo, che essi godono della più ampia capacità giuridica riconosciuta – in tali ambiti – alle persone giuridiche.

Il riferimento alle legislazioni statali, contrariamente a quanto potrebbe apparire in base ad una analisi testuale delle disposizioni richiamate, non serve a determinare la capacità giuridica delle agenzie entro ciascuno Stato membro. Infatti tali soggetti trovano già nel diritto comunitario, ed in particolare nel loro regolamento istitutivo, una compiuta disciplina delle loro caratteristiche e della loro attività, anche con riferimento alla capacità di acquistare od alienare beni mobili ed immobili e di stare in giudizio.

Del resto, se pur con riferimento alla personalità della Comunità europea negli ordinamenti interni, è stato osservato che, anche teoricamente, non sarebbe possibile considerare tali ordinamenti al fine di determinare la capacità

³⁹ V. le espressioni riportate nella sentenza della Corte di giustizia del 13 maggio 1982, *cit. supra*, nota 38, p. 1567, punti 9 ed 11. I. MULLER-QUOY, *L'apparition et le développement des Agences de l'Union européenne. Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, in J.-F. COUZINET (coord.), *Les Agences de l'Union européenne*, *cit. supra*, nota 1, p. 13 ss. definisce le agenzie come organismi comunitari che operano sul piano del decentramento funzionale.

⁴⁰ Un fenomeno, per alcuni aspetti, analogo a quello delle agenzie comunitarie è costituito dalla Banca europea per gli investimenti (BEI). La Banca è, infatti, dotata di soggettività all'interno dell'ordinamento comunitario e, al contempo, costituisce uno strumento della Comunità.

Essa si differenzia dalle agenzie in quanto, tra l'altro, è espressamente prevista dal Trattato Ce (artt. 266-267); è dotata, secondo la comune opinione, di personalità internazionale; e, inoltre, presenta sotto il profilo finanziario, un maggior grado di autonomia. Cfr. F. MOSCONI, *La Banca europea degli investimenti. Aspetti giuridici*, Padova, Cedam, 1976, p. 49 s.; D. R. R. DUNNET, *The European Investment Bank: Autonomous Instrument of Common Policy?*, CMLR, 1994, spec. p. 731 ss.; N. PARISI, *Art. 266 TCE*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, *cit. supra*, nota 30, p. 266 ss. Costituiscono ai nostri fini interessanti punti di riferimento le seguenti sentenze della Corte di giustizia: 15 giugno 1976 in causa n. 110/75, *Mills c. BEI*, in *Raccolta*, 1976, p. 955 ss.; 3 marzo 1988 in causa n. 85/86, *Commissione c. BEI*, in *Raccolta*, 1988, spec. p. 1320 (punti da 28 a 30); 2 dicembre 1992 in causa n. C-370/89, *Sgreen e A. c. BEI*, in *Raccolta*, 1992, I, spec. p. 2646 (punti 13, 15 e 16); 10 luglio 2003 in causa n. C-11/00, *Commissione c. BEI*, in *Raccolta*, 2003, I, spec. p. 7386 (punti 102-103).

giuridica dell'ente.

Da un lato, non si potrebbe all'uopo ricorrere a ogni singola legislazione nazionale e, dall'altro, neppure sarebbe ammesso ricostruire una normativa estrapolando dal complesso degli ordinamenti degli Stati membri la «più ampia» capacità delle persone giuridiche che, in ipotesi, si dovrebbe considerare.

La prima tesi priverebbe le disposizioni regolamentari di qualsiasi effetto utile, in quanto dovrebbe ammettersi che, all'interno degli ordinamenti più restrittivi, le agenzie potrebbero anche non disporre delle situazioni giuridiche indispensabili per realizzare i propri scopi⁴¹.

La seconda tesi non appare suffragata dalla lettera del testo perché quando il diritto comunitario ha voluto richiamare principi generali comuni, lo ha fatto espressamente⁴².

Essa, inoltre, condurrebbe a risultati arbitrari, non esistendo sicuri criteri per individuare la categoria di persone giuridiche nazionali cui occorre fare riferimento per stabilire la «più ampia capacità» da considerare⁴³.

Anche ai nostri fini il riferimento «alla più ampia capacità giuridica riconosciuta dalle legislazioni nazionali alle persone giuridiche» parrebbe quindi, come è stato affermato a proposito della Comunità, assumere un valore semplicemente negativo, impedendo agli Stati membri di intralciare ingiustificatamente l'attività degli enti comunitari⁴⁴.

Le agenzie non sono, infine, soggetti internazionali.

I loro regolamenti istitutivi, in quanto atti di diritto comunitario derivato, non possono, ovviamente, incidere sull'acquisto della personalità internazionale.

Da essi emergono, inoltre, numerosi indizi del fatto che gli enti comunitari non sono dotati dei poteri necessari per operare autonomamente nell'ambito delle relazioni internazionali.

Appare significativo ricordare che gli atti istitutivi precisano che Paesi terzi od Organizzazioni internazionali possono partecipare all'attività delle agenzie o nominare membri nei loro Consigli di amministrazione in base alle disposizioni di accordi internazionali conclusi non già da tali enti, ma dalla Comunità⁴⁵.

⁴¹ Così R. BARATTA, *Art. 282 TCE*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit. *supra*, nota 7, p. 1270.

⁴² Cfr. G. VENTURINI, *Art. 282 TCE*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 30, p. 282.

⁴³ Così, B. CONFORTI, *Art. 211 TCEE*, in R. QUADRI - R. MONACO - A. TRABUCCHI (diretto da), *Commentario Cee*, III, Milano, Giuffrè, 1965, p. 1505.

⁴⁴ V., in tal senso, B. CONFORTI, *Art. 211 TCEE*, loc. cit., p. 1505; R. BARATTA, *Art. 282 TCE*, loc. cit.

La conclusione esposta vale anche per la capacità d'agire che, per le persone giuridiche, coincide con quella giuridica. R. BARATTA, *Art. 282 TCE*, loc. ult. cit., osserva che l'incapacità di compiere un determinato atto rileva per le persone fisiche, mentre per le persone giuridiche essa è verosimilmente il risultato dell'assenza di titolarità della corrispondente situazione giuridica.

⁴⁵ V. l'art. 49 del regolamento (Ce) n. 178/2002, istitutivo dell'Autorità europea per la sicurezza

In qualche occasione, si afferma altresì che tali accordi intervengono nell'interesse dell'agenzia⁴⁶. La circostanza appare rilevante in quanto sottolinea che la Comunità assume impegni che riguardano l'attività dell'ente comunitario proprio perché quest'ultimo non è in grado di obbligarsi internazionalmente.

I soggetti comunitari possono, invece, stipulare "accordi di lavoro" o cooperare, oppure, come anche meglio si puntualizza, stabilire le «modalità amministrative della cooperazione» con soggetti internazionali che operano nello stesso campo⁴⁷.

Questi rapporti non sono fonte di diritti ed obblighi internazionali, poiché hanno il solo fine strumentale di assicurare la naturale collaborazione tra enti che operano nello stesso settore.

Essi, in sostanza, si risolvono in intese organizzative che mantengono in reciproco contatto persone giuridiche diverse al fine di ottimizzare i risultati delle rispettive attività.

In caso di loro inadempimento non è possibile ricorrere ai mezzi di tutela previsti dal diritto internazionale generale, con la conseguenza che la loro esecuzione, almeno quando non ci si trovi in presenza di negozi di diritto privato, è rimesso alla libera scelta delle parti.

Anche la prassi non offre elementi per affermare la soggettività internazionale delle agenzie.

In particolare esse godono dei privilegi e delle immunità stabiliti per le Comunità non in quanto persone giuridiche internazionali, ma esclusivamente perché il Protocollo che li contempla è richiamato da ciascun regolamento istitutivo.

Neppure gli accordi di sede conclusi dall'agenzia con lo Stato ospitante possono considerarsi, nonostante il procedimento utilizzato per ratificarli e renderli esecutivi, trattati internazionali.

Ad esempio è opportuno, al riguardo, ricordare che con legge 10 gennaio 2006 n. 17 è stata autorizzata la ratifica e reso esecutivo, con ordine d'esecuzione, l'Accordo di sede concluso il 27 aprile 2004 tra la Repubblica italiana e l'Autorità europea per la sicurezza alimentare.

za alimentare; l'art. 24 del regolamento (Ce) n. 460/2004, istitutivo dell'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione; l'art. 30 del regolamento (Ce) n. 851/2004, istitutivo del Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie; l'art. 21 del regolamento (Ce) n. 1321/2004, istitutivo dell'Autorità di vigilanza europea GNSS; l'art. 9 del regolamento (Ce) n. 168/2007, istitutivo dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali.

⁴⁶ L'art. 8, secondo comma, del regolamento (Ce) n. 1922/2006 afferma che la Comunità conclude accordi internazionali «nell'interesse» dell'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere.

⁴⁷ V., ad esempio, l'art. 15 del regolamento (Cee) n. 1210/90, istitutivo dell'Agenzia europea dell'ambiente; l'art. 12 del regolamento (Ce) n. 302/93, istitutivo dell'Osservatorio europeo delle droghe e delle tossicodipendenze; l'art. 13 del regolamento (Ce) n. 2007/2004, istitutivo dell'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea; l'art. 8 del regolamento (Ce) n. 168 /2007, istitutivo dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali. I regolamenti istitutivi autorizzano rapporti di tale natura oltre che con organizzazioni internazionali anche con diversi altri organismi come enti non governativi od organi pubblici degli Stati.

L'intesa è stata stipulata perché, secondo i *considerando* posti in premessa, era necessario prevedere alcune disposizioni relative all'applicazione del Protocollo sui privilegi ed immunità nonché garantire «le migliori condizioni giuridiche e materiali di insediamento e di funzionamento delle strutture della Autorità in Italia».

L'Agenzia partecipa, quindi, all'accordo nella sua veste di ente comunitario che gode di privilegi ed immunità funzionali all'espletamento di compiti svolti, nell'interesse della Comunità, per conseguire gli obiettivi di quest'ultima.

Anche lo Stato ospitante interviene all'intesa poiché, come soggetto di diritto comunitario, è obbligato dal regolamento istitutivo a concedere alcune prerogative all'agenzia ed a provvedere, in base al principio di leale collaborazione, a quanto occorre al suo funzionamento⁴⁸.

La violazione dell'accordo di sede si risolverebbe nella violazione di norme comunitarie e, quindi, comporterebbe la responsabilità dello Stato ospitante ai sensi degli artt. 226 e seguenti del Trattato Ce e non già la sua responsabilità internazionale.

Secondo l'interpretazione esposta, inoltre, nessuna responsabilità internazionale può far capo alle agenzie in quanto prive di personalità internazionale.

Ogni comportamento degli enti comunitari idoneo a fondare una simile responsabilità parrebbe pertanto giuridicamente addebitabile alla Comunità poiché posto in essere da soggetti incaricati dello svolgimento di funzioni ad essa riconducibili nonché, come si osserverà, sottoposti alla vigilanza ed al controllo degli organi ed istituzioni comunitarie⁴⁹.

⁴⁸ Il principio di leale collaborazione, in quanto – tra l'altro – regolatore dei rapporti tra istituzioni comunitarie e Stati membri, pare debba operare anche nelle relazioni tra questi ultimi ed enti che perseguono, come le istituzioni, fini comunitari. Ad esempio: il punto 9 dell'art. 23 del regolamento (Ce) n. 178/2002 precisa che gli Stati membri debbono collaborare con l'Autorità europea per la sicurezza alimentare al fine dell'espletamento delle sue funzioni; il secondo comma del punto 2 del regolamento (Ce) n. 2007/2004 afferma che gli Stati membri si astengono da qualsiasi attività che possa mettere a repentaglio il funzionamento dell'Agenzia europea per la gestione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea o il raggiungimento dei suoi obiettivi.

⁴⁹ Cfr. l'art. 4 del progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali adottato nel 2004 dalla Commissione del diritto internazionale. In dottrina cfr. P. KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles, Bruylant: Université de Bruxelles, 1998; L. FUMAGALLI, *Illecito e responsabilità*, in S. M. CARBONE - R. LUZZATTO - A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, II ed., Torino, Giappichelli, 2006, p. 275 ss.; M. ARCARI, *Responsabilità*, in T. SCOVAZZI (a cura di), *Corso di diritto internazionale*, II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 270.

L'art. 5 del citato accordo concluso tra la Repubblica italiana e l'Autorità europea per la sicurezza alimentare precisa che l'Italia non è internazionalmente responsabile per azioni od omissioni poste in essere dall'Autorità e che, qualora venisse chiamata in causa, avrebbe diritto di rivalsa nei suoi confronti.

3. *Segue: I poteri*

Le agenzie partecipano alla regolazione di un settore economico e sociale ponendo in essere atti obbligatori o, più spesso, fornendo agli organi comunitari ed agli Stati membri gli elementi necessari perché, secondo le rispettive competenze, adottino misure di attuazione delle politiche comunitarie o, più in generale, perseguono gli obiettivi della Comunità.

Le attività ed i provvedimenti che non vincolano soggetti terzi possono avere la natura più diversa.

Senza pretesa di completezza, basti ricordare che talora essi consistono in operazioni materiali, come la traduzione di atti o documenti, l'organizzazione di tavole rotonde o la messa a disposizione di attrezzature tecniche.

In altre occasioni gli enti comunitari registrano, classificano e valutano dati, manifestando, poi, al pubblico o comunicando alle istituzioni ed agli Stati membri le cognizioni acquisite.

Spesso le agenzie esprimono alle autorità competenti il proprio punto di vista mediante pareri⁵⁰, ovvero le invitano ad assumere una certa condotta, rivolgendo loro «consigli» o «raccomandazioni»⁵¹.

L'attribuzione alle agenzie di compiti simili non suscita particolari problemi. Si ritiene, infatti, che i trattati istitutivi delle organizzazioni internazionali conferiscano implicitamente quei poteri che servono per garantire il pieno esercizio delle funzioni attribuite ai loro organi⁵². Le istituzioni comunita-

⁵⁰ Le istituzioni, per poter disattendere il parere scientifico delle agenzie, devono fornire puntuali motivazioni. Tale principio è desumibile dalla sentenza 11 settembre 2002 in causa n. T-13/99, *Pfizer Animal Health c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 3305, spec. punti 198 ss. in cui il Tribunale di primo grado osservò che qualora l'istituzione si discosti dal parere di un Comitato di esperti (nella fattispecie costituito dal Comitato scientifico per l'alimentazione animale) «essa è tenuta a motivare specificamente la sua diversa valutazione rispetto a quella espressa nel parere, esponendo i motivi sulla base dei quali non vi si conforma». Inoltre il Tribunale sottolineò che tale motivazione doveva essere di un livello scientifico almeno pari a quello del parere in questione. Costituisce un'espressione di tale principio il punto 1 dell'art. 10 del regolamento (Ce) n. 726/2004 istitutivo dell'Agenzia europea per i medicinali. È importante altresì osservare (così sentenza della Corte di giustizia del 9 giugno 2005 in cause riunite n. C-211/03, n. C-299/03, n. C-316/03, n. C-317/03, n. C-318/03, *HLH Warenvertrieb e Orthica*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 5141 ss., spec. p. 5228, punto 93) che i pareri dell'Agenzia europea per la sicurezza alimentare, qualora corrispondenti all'oggetto di una controversia pendente dinanzi ad un giudice nazionale, dovrebbero assumere «il medesimo rilievo riconosciuto ad una perizia». Essi, pertanto, potrebbero «costituire un elemento probatorio che il detto giudice dovrebbero prendere in considerazione in quanto tale».

⁵¹ Menzionano tali provvedimenti il punto 2 dell'art. 2 del regolamento (Ce) n. 1365/75, istitutivo della Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, nonché la lett. a. dell'art. 9 del regolamento (Ce) n. 881/2004, istitutivo dell'Agenzia ferroviaria europea.

⁵² B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, VII ed., Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, p. 98, osserva che la teoria dei poteri impliciti può essere utilizzata «qualora serva per garantire ad un organo il pieno esercizio delle funzioni che il trattato istitutivo dell'organizzazione gli assegna». Ad esempio le agenzie assistono la Commissione nell'esercizio del suo potere di proposta (punto 1 dell'art. 2 del regolamento (Ce) n. 1321/2004, istitutivo dell'Autorità di vigilanza europea GNSS) o nella sua attività di "guardiana" del Trattato (art. 20 del regolamento (Ce) n. 1592/2002, istitutivo dell'Agenzia europea per la sicurezza aerea). Formulano, inoltre, pareri scientifici che sono alla base dell'elaborazione ed adozione di misure comunitarie (punto 6 dell'art. 22 del regolamento

rie possono, quindi, a tal fine, acquisire dati o, ad esempio, informazioni, pareri, assistenza tecnica, utili a superare le spesso non lievi difficoltà che incontra chi deve decidere; anche se del caso ed in assenza di disposizioni contrarie, delegando tali compiti alle agenzie⁵³.

Istituendo le agenzie si soddisfa l'avvertita esigenza di affidare un'attività di consulenza ed assistenza a soggetti che, a differenza dei Comitati scientifici, sono distinti, poiché dotati di propria personalità, rispetto alle istituzioni che se ne avvalgono.

Sia le agenzie che i Comitati, peraltro, hanno carattere ausiliario perché perseguono lo scopo di porre le istituzioni in grado di svolgere nel modo più adeguato le loro funzioni.

Tali enti possono anche essere incaricati di espletare attività di supporto a quelle che, in base al diritto comunitario, svolgono gli Stati membri. In quest'ultimo caso le istituzioni dovranno naturalmente verificare, come osservato, che i suddetti compiti, strumentali all'esercizio di competenze statali concorrenti, possano essere meglio svolti a livello comunitario.

Anche l'attività di informazione e di comunicazione effettuata dalle agenzie è, almeno da un punto di vista giuridico, un naturale mezzo col quale le istituzioni comunitarie soddisfano quel principio di trasparenza al quale dev'essere informata la loro azione⁵⁴.

Maggiori difficoltà si incontrano invece se si esamina la possibilità di attribuire a tali enti il potere di perseguire in modo immediato e diretto i fini comunitari mediante l'adozione di atti che vincolano giuridicamente soggetti terzi.

Occorre, infatti, stabilire se, ed entro quali limiti, ciò possa avvenire senza violare le norme del Trattato che espressamente attribuiscono quei poteri alle istituzioni comunitarie.

Al proposito è necessario effettuare una premessa d'ordine generale.

È noto che nella gerarchia delle fonti del diritto comunitario, al di sotto del Trattato istitutivo, si colloca il diritto comunitario secondario o derivato costituito dagli atti vincolanti adottati in base alle previsioni delle norme pattizie.

Esiste, poi, un terzo livello di disposizioni comunitarie che si pongono a

(Ce) n. 178/2002, istitutivo dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare).

⁵³ È importante sottolineare che, in base alla giurisprudenza che sarà indicata in seguito nel presente paragrafo, il conferimento dei poteri delle istituzioni ad organismi non previsti dai Trattati può, in assenza di indicazioni contrarie, essere operato ricorrendo all'istituto della delega. Secondo le conclusioni dell'Avvocato Generale P. Léger del 17 febbraio 2005, in *Raccolta*, 2005, I, p. 4083 «la delega di poteri è legittima se (...) un testo giuridico non la proibisca formalmente».

⁵⁴ A. SANTINI, *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 132, include tra le modalità «attive» di attuazione del principio di trasparenza, le comunicazioni alla stampa ed al pubblico delle informazioni in possesso delle istituzioni. E. CHITI, *Le agenzie europee*, cit. *supra*, nota 1, p. 293, sottolinea che, da un punto di vista politologico, l'informazione, allorché incida direttamente sul comportamento dei soggetti interessati, può avere natura costitutiva («regulation by information»). E, ad esempio, evidente che il comportamento dei consumatori è o può essere assai condizionato dalle comunicazioni del rischio derivante da alimenti ad opera dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare.

valle tanto degli accordi istitutivi quanto del diritto secondario. Si tratta, com'è stato chiarito, di norme di attuazione di un atto di base, a quest'ultimo giuridicamente subordinate⁵⁵.

Mentre l'atto di base, appartenente al diritto derivato dal Trattato, può essere emanato soltanto seguendo la procedura decisionale prescritta dalla norma pattizia sulla quale esso si fonda, quello d'attuazione o di terzo livello può essere adottato seguendo una procedura semplificata⁵⁶.

Alla luce di tali considerazioni occorre, in primo luogo, escludere che le agenzie possano adottare atti vincolanti di secondo grado, ovvero fondati direttamente sul Trattato Ce, in quanto ciò comporterebbe la violazione delle procedure interistituzionali ivi richieste per la loro formazione.

È, invece, teoricamente ammissibile, fermo restando quanto si avrà modo di osservare, che le agenzie adottino atti vincolanti di terzo livello poiché, come rilevato, questi possono essere emanati secondo una procedura semplificata rispetto a quella prevista dalla base giuridica sulla quale si fonda l'atto alla cui esecuzione si provvede.

La ritenuta possibilità di conferire alle agenzie i suddetti poteri normativi deve essere, a questo punto, ulteriormente verificata alla luce della distinzione, posta alla base di due celebri sentenze del 13 giugno 1958 rese in relazione ai ricorsi promossi dall'impresa Meroni contro l'Alta Autorità della CECA, tra la delega di poteri discrezionali e quella di poteri esecutivi.

Secondo le pronunce della Corte, l'Alta Autorità della CECA poteva legittimamente delegare a persone giuridiche private (c.d. «organismi di Bruxelles») poteri circoscritti, da esercitarsi entro parametri fissati, ed il cui esercizio poteva essere controllato; ma non già, com'era avvenuto nella fattispecie, poteri che comportavano ampia libertà di valutazione⁵⁷.

⁵⁵ L. SICO, *Art. 211 TCE*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit. *supra*, nota 7, p. 992; A. ADINOLFI (a cura di), *Materiali di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 158 s.

⁵⁶ L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, II ed., Milano, Giuffrè, 2007, p. 83 ss. e 108 ss.

⁵⁷ Sentenze della Corte di giustizia del 13 giugno 1958 in causa n. 9/56, *Meroni c. Alta autorità*, in *Raccolta*, 1958, p. 9 ss. e del 18 giugno 1958 in causa n. 10/56, *Meroni c. Alta Autorità*, in *Raccolta*, 1958, p. 49 ss. Le controversie riguardavano le decisioni con le quali l'Alta Autorità della CECA aveva ingiunto all'impresa Meroni di pagare somme determinate da soggetti privati (c.d. «organismi di Bruxelles») in relazione alla violazione di obblighi previsti in materia di perequazione del rottame. I giudizi investirono anche gli atti presupposti a quelli impugnati e cioè il provvedimento con il quale l'Alta Autorità aveva affidato ad organismi privati il potere, che il Trattato CECA le attribuiva (artt. 47, n. 3, e 53 lett. b.), di svolgere complesse valutazioni economiche, necessarie per determinare le somme dovute dai trasgressori. La Corte ritenne illegittima la delega, in quanto attribuiva ad organismi privati il potere di adottare determinazioni discrezionali alle quali l'Alta Autorità si limitava a dare esecuzione.

Alcuni ritengono che la "dottrina" Meroni sia tuttora applicabile. In questo senso E. NOEL - H. ETIENNE, *Quelques considérations sur la déconcentration et la délégation du pouvoir de décision dans la Communauté économique européenne*, *RMC*, 1967, p. 127 ss.; K. LENAERTS, *Regulating the Regulatory Process: «Delegations of Powers» in the European Community*, in *EL Rev.*, 1993, p. 23 ss. Per la tesi contraria v. X. A. YATAGANAS, *Delegation of Regulatory Authority in the European Union. The Relevance of the American Model of Independent Agencies*, in *Harvard Jean Monnet*

Il passaggio che, ai nostri fini, pare più rilevante è quello in cui la Corte giustifica la sua asserzione in base alla convinzione che: «nella prima ipotesi la delega non può notevolmente modificare le conseguenze derivanti dall'esercizio dei poteri che ad essa attribuisce mentre nella seconda ipotesi la delega, col sostituire gli apprezzamenti dell'autorità delegata a quelli dell'autorità delegante, determina un vero spostamento di responsabilità»⁵⁸.

Nell'ottica della Corte, quindi, l'esercizio di poteri meramente esecutivi conduce a risultati che, indipendentemente dall'autorità che agisce, sono sostanzialmente univoci. L'attività che implica una ponderazione e composizione di diversi interessi potenzialmente in conflitto assume invece differenti caratteristiche a seconda del peculiare punto di vista dell'autorità che la pone in essere.

Questa concezione pare sottesa anche al parere negativo, reso sulla compatibilità col Trattato Cee dell'accordo relativo all'istituzione di un fondo europeo di immobilizzazione della navigazione interna⁵⁹. In tale sede la Corte, pronunciandosi sul possibile conferimento del potere di adottare atti vincolanti ad un ente previsto dall'accordo, tracciò una precisa linea di demarcazione tra quelli discrezionali ed altri, meramente esecutivi, per i quali il conferimento era senz'altro ammesso. La distinzione, al pari di altri criteri desumibili in tema di delega dalle sentenze nei casi *Meroni*, è stata recentemente confermata dalla Corte con sentenza 26 maggio 2005 nella quale sottolinea che la delega «può avere ad oggetto soltanto poteri esecutivi esattamente definiti»⁶⁰.

Working Papers, 03/01 (<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers>), spec. p. 16 s.; P. STEINBERG, *Agencies, Co-Regulation and Comitology-and What about Politics? A Critical Appraisal of the Commission's White Paper on Governance*, in *Symposium: Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission's White Papers on Governance*, in *Harvard Jean Monnet Working Papers*, 06/01 (<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers>), spec. p. 3 ss.; E. CHITI, *Le agenzie europee*, cit. *supra*, nota 1, p. 363 ss.

Problema connesso, ma diverso dalla delega di poteri normativi, è rappresentato dai Comitati ai quali il Consiglio subordina l'esercizio delle funzioni esecutive delegate alla Commissione (c.d. comitologia o comitatologia). Essi esprimono un parere sulle misure esecutive loro sottoposte dalla Commissione, i cui effetti variano a seconda delle varie procedure prescritte. Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1970 in causa n. 25/70, *Einfuhr-und-Vorratsstelle Getreide c. Koster*, in *Raccolta*, 1970, p. 1161 ss. Cfr. altresì, oltre agli autori indicati *infra*, nota 61, G. DELLA CANANEA, *Cooperazione ed integrazione nel sistema amministrativo delle Comunità europee: la questione della "comitologia"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, p. 655 ss.

⁵⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 1958 in causa n. 9/56, *Meroni c. Alta autorità*, cit. *supra*, nota 57, p. 41.

⁵⁹ Parere n. 1/76 della Corte di giustizia del 26 aprile 1977 emesso a norma dell'art. 228, n. 1, comma 2, del Trattato Cee, in *Raccolta*, 1977, p. 741 ss. (spec. p. 759, punto 16).

⁶⁰ L'attualità dei criteri desumibili dalle sentenze nei casi *Meroni* è stata confermata dalla Corte di giustizia nella sentenza 26 maggio 2005 in causa n. C-301/02 P, *Tralli c. BCE*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 4099 ss. La Corte ha rilevato che l'insegnamento del caso *Meroni*, che verteva sulla delega di poteri di attuazione ad organismi di diritto privato dotati di personalità giuridica (c.d. delega esterna), valeva, a maggior ragione, nei casi in cui un'istituzione o un organismo comunitario delegava poteri ad istanze decisionali nel suo seno (c.d. delega interna). La Corte, in particolare (punto 43 della sentenza, *loc. cit.*, p. 4119), osservò che: «Per quanto riguarda le condizioni da rispettare nell'ambito di siffatta delega di competenze, si deve rilevare, come precisato dalla Corte nella (...) sentenza *Meroni c. Alta autorità* (...) che innanzi tutto l'autorità che conferisce la delega non può

Corollario di quanto rilevato è che la delega dei poteri meramente esecutivi può essere operata a favore delle agenzie in quanto ciò non determina un "vero" spostamento delle responsabilità che, secondo il terzo alinea dell'art. 202 del Trattato Ce, normalmente incombono alla Commissione. Entro tali ristretti limiti la delega di poteri normativi alle agenzie operata dal Consiglio e, nei casi in cui assume la veste di co-legislatore, dal Parlamento europeo, seppur non prevista espressamente, appare compatibile col Trattato poiché non incide sostanzialmente sulle prerogative della Commissione, limitandosi a sgravarla di alcuni compiti. Invece l'esercizio di poteri discrezionali, ai sensi del terzo alinea dell'art. 202 del Trattato Ce, è consentito, con circostanziata motivazione ed in casi specifici, soltanto al Consiglio, ovvero, normalmente, alla Commissione poiché l'arbitrato tra gli interessi in discussione assume l'insostituibile impronta propria dell'istituzione che procede ad effettuarlo.

Se si operasse una delega di poteri implicanti l'esercizio di discrezionalità politica ad altri organismi verrebbe dunque meno, a differenza di quanto accade nel caso di delega di poteri esecutivi o di valutazioni esclusivamente tecniche, lo specifico apporto normalmente fornito dalla Commissione alla fase di attuazione del diritto comunitario. L'eventuale menomazione delle tipiche competenze che il Trattato ha inteso fossero attribuite alla Commissione si rifletterebbe poi nei rapporti con le altre istituzioni, comportando anche la violazione dell'equilibrio istituzionale stabilito, per l'esercizio della funzione esecutiva, dall'ordinamento comunitario⁶¹.

investire l'ente delegatario di poteri diversi da quelli che essa stessa abbia ricevuto. In secondo luogo, l'esercizio delle competenze conferite all'ente delegatario deve essere soggetto alle medesime condizioni di quelle alle quali esso sarebbe soggetto se l'autorità delegante li esercitasse direttamente, in particolare, per quanto riguarda i requisiti di motivazione e di pubblicazione. Infine, anche se autorizzata a delegare le proprie competenze, l'autorità delegante deve adottare una decisione esplicita con la quale trasferisce i detti poteri e la delega può avere ad oggetto soltanto poteri esecutivi, esattamente definiti».

⁶¹ Sull'esercizio dei poteri di attuazione v. C.-D. EHLERMANN, *Compétences d'exécution confiées à la Commission-la nouvelle décision-cadre du Conseil*, RMC, 1988, p. 232 ss.; C. BLUMANN, *Le pouvoir exécutif de la Commission et le problème de la Comitologie*, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 1993, p. 1053 ss.; H. CORTEMBERG, *Comitologie: le retour*, in Rev. trim. dr. eur., 1998, p. 317 ss.; K. LENAERTS - A. VERHOEVEN, *Towards a Legal Framework for Executive Rule-Making in the EU? The Contribution of New Comitology Decision*, CMLR, 2000, p. 645 ss.; R. ADAM, *Art. 202 TCE*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit. supra, nota 7, p. 963 ss.; C. F. BERGSTRÖM, *Comitology: Delegation of Powers in the European Union and the Committee System*, Oxford, Oxford University Press, 2005; F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, X ed., Milano, Giuffrè, 2006, p. 505 ss.; G. CAGGIANO, *Il consolidamento della disciplina delle misure di esecuzione e della comitologia a Trattato invariato*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 505 ss.

V., sul principio di equilibrio istituzionale, R. ADAM, *La riforma delle istituzioni dell'Unione: verso un nuovo equilibrio istituzionale?*, in M. L. TUFANO (a cura di), *Cantiere Europa. Le riforme istituzionali dell'Unione*, Napoli, Editoriale Scientifica 2004, p. 55 ss.; J.-P. JACQUÉ, *The Principle of Institutional Balance*, CMLR, 2004, p. 383 ss.; L. S. ROSSI, *Il "paradosso del metodo intergovernativo". L'equilibrio istituzionale nel progetto di Trattato-Costituzione*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 141 ss.

Le agenzie possono, dunque, essere delegate ad adottare misure di attuazione di atti comunitari di secondo grado, vincolanti soggetti terzi, entro limiti assai circoscritti che, in sostanza, coincidono con il potere di emanare decisioni individuali⁶². Tali provvedimenti, secondo i regolamenti istitutivi che li contemplano, non sono adottati in base a valutazioni attinenti alla soddisfazione degli interessi pubblici coinvolti, ma bensì all'accertamento, anche mediante verifiche od ispezioni tecniche, dell'esistenza e completezza degli specifici presupposti stabiliti da un preciso quadro normativo di riferimento⁶³.

Mentre, quindi, alla Commissione è riservata l'attuazione del diritto comunitario di secondo grado mediante atti di natura normativa che presuppongono l'esercizio di ampie facoltà di valutazione, alle agenzie può essere consentito eseguirlo con provvedimenti, che non comportano l'esercizio di discrezionalità politica, analoghi a quelli amministrativi di diritto interno.

Non potrebbe, pertanto, riprodursi, almeno allo stato attuale dell'ordinamento comunitario, l'esperienza dei Paesi anglosassoni ove la regolazione consiste in estesi poteri che permettono alle autorità che ne sono investite una piena assunzione di responsabilità in ordine all'attuazione di politiche delineate solo in linea di massima⁶⁴.

⁶² F. SAUER (Pilote) - A. QUERO (Rapporteur), *Rapport du groupe de travail «Etablissement d'un cadre pour des agences de régulation à vocation décisionnelle»*, Groupe 3 a, Juin 2001, in COMMISSION EUROPEENNE, *Gouvernance européenne, Travaux préparatoires au livre blanc*, Luxembourg, Opoce, 2002, p. 160 s. osservano che, in quanto «politiquement sensible», una decisione rivolta agli Stati membri non potrebbe essere adottata dalle agenzie. A maggior ragione esse, anche a prescindere da altre considerazioni sulla natura degli atti con i quali è possibile esercitare i poteri delegati, non potrebbero adottare regolamenti o direttive.

⁶³ L'Ufficio di armonizzazione a livello di mercato interno (marchi, disegni e modelli) e l'Ufficio comunitario delle varietà vegetali concedono il marchio o la privativa per le varietà vegetali quando le domande degli interessati soddisfano le condizioni formali e sostanziali volute (artt. 36 ss. del regolamento (Ce) n. 40 /94 e 53 ss. del regolamento (Ce) n. 2100/94).

L'Agenzia europea per la sicurezza aerea, anche svolgendo ispezioni, certifica l'idoneità dei prodotti aeronautici e delle organizzazioni coinvolte nella loro progettazione, produzione e manutenzione verificando il rispetto delle regole tecniche del settore (art. 15 del regolamento (Ce) n. 1592/2002).

L'Agenzia europea per le sostanze chimiche gestisce la loro registrazione verificando la completezza delle informazioni fornite dal produttore o dall'importatore (artt. 20 ss. del regolamento (Ce) n. 1907/2006). F. SAUER (Pilote) - A. QUERO (Rapporteur), *Rapport du groupe de travail*, loc. cit., p. 160 s. osservano che le decisioni individuali si iscrivono in un campo (come, ad esempio, quello dei marchi o della sicurezza aerea) in cui è individuabile un obiettivo chiaramente definito. Nei settori in cui occorre invece arbitrare tra più obiettivi, esiste un margine di apprezzamento tale da impedire il conferimento di poteri decisionali alle agenzie.

Eccezionalmente l'art. 29 del regolamento (Ce) n. 2100/94 demanda, con disposizione di dubbia legittimità, all'Ufficio comunitario delle varietà vegetali il compito di rilasciare una «licenza obbligatoria» per motivi di interesse pubblico, tenendo, peraltro, conto di eventuali pregiudizi arrecati ai titolari di privativa.

⁶⁴ N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti laboratorio di un nuovo diritto amministrativo*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 69.

Le agenzie comunitarie esplicano, invece, una funzione più simile a quella delle autorità indipendenti italiane per le quali si esclude l'esercizio di un potere discrezionale propriamente inteso⁶⁵.

4. *Segue: Analisi della disciplina applicabile*

Gli enti comunitari in esame operano nel quadro di una situazione giuridica che ne sottolinea la dipendenza genetica dalle istituzioni che li creano e che, normalmente, finanziano la loro attività, delegando ad essi alcuni compiti.

Le agenzie peraltro, in quanto persone giuridiche comunitarie che svolgono attività funzionali al conseguimento di obiettivi comunitari, godono anche, almeno sotto alcuni aspetti, dello stesso trattamento riservato dal diritto comunitario a chi persegue gli stessi fini e pure sottostanno ad obblighi e controlli, analoghi a quelli previsti per le istituzioni, tesi a garantire il corretto svolgimento dei compiti loro affidati.

Al proposito occorre ricordare che gli organismi comunitari hanno, secondo quanto costantemente affermato dai regolamenti istitutivi, gli stessi privilegi ed immunità che il Protocollo dell'8 aprile 1965 attribuisce alle Comunità.

Al loro personale si applica lo Statuto dei funzionari delle Comunità europee ed il regime applicabile agli altri agenti della Comunità⁶⁶. Competente a conoscere le controversie tra le agenzie ed il loro personale è il Tribunale della funzione pubblica che, infatti, secondo l'art. 1 del suo Statuto, ha cognizione sulle vertenze tra gli organi o gli organismi comunitari ed i loro dipendenti⁶⁷.

L'art. 286 del Trattato Ce estende, inoltre, agli organismi che, come le agenzie, sono istituiti sulla base del Trattato, le disposizioni sulla circolazione ed il trattamento dei dati personali delle persone fisiche⁶⁸. Per esse valgono, quindi, le garanzie ed i controlli previsti dal sistema di protezione di tali dati istituito con regolamento (Ce) n. 45/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2000⁶⁹.

⁶⁵ V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle "amministrazioni indipendenti"*, in F. BASSI - F. MERUSI (a cura di), *Meriti e "Amministrazioni indipendenti"*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 26 ss.

⁶⁶ Lo Statuto dei funzionari delle Comunità europee ed il regime applicabile agli altri agenti della Comunità è stabilito dal regolamento (Cee, Ceca, Euratom) n. 259/68 del Consiglio del 29 febbraio 1968, in *Guce* n. L 56 del 4 marzo 1968, p. 1 ss., più volte modificato tanto da essere definito un testo vivente.

⁶⁷ Il Tribunale è stato istituito con decisione n. 2004/752 (Ce, Euratom) del Consiglio del 2 novembre 2004, in *Gu-UE* n. L 333 del 9 novembre 2004, p. 7 ss.

⁶⁸ La norma, introdotta dal Trattato di Amsterdam, reca – per la prima volta nelle disposizioni pattizie – un significativo riferimento agli organismi creati dalle istituzioni «sulla base» del Trattato, che sono distinti da quelli istituiti direttamente dal Trattato.

⁶⁹ La sfera d'applicazione della normativa in materia di tutela di dati personali indicata dall'art. 286 del Trattato, è riaffermata dagli artt. 1 e 3 del regolamento (Ce) n. 45/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2000, in *Guce* n. L 8 del 12 gennaio 2001, p. 1 ss. Alcuni

Una prassi consolidata conferma che anche le agenzie comunitarie di regolazione rientrano, come ribadiscono espressamente alcuni regolamenti istitutivi⁷⁰, tra gli organi o, secondo l'ampia dizione inglese del testo, tra i "*bodies*" che l'art. 195 del Trattato Ce sottopone al controllo del Mediatore europeo⁷¹.

Anche il codice di buona condotta amministrativa, approvato dal Parlamento europeo con risoluzione 6 ottobre 2001, vale per il personale delle agenzie poiché, secondo l'art. 2, si rivolge ai dipendenti per i quali vige la disciplina stabilita per i funzionari e gli altri agenti della Comunità. Si tratta di un atto che, sebbene non vincolante, riveste tuttavia notevole importanza perché, tra l'altro, consente ai dipendenti di conoscere lo *standard* di condotta amministrativa che i cittadini sono legittimati ad attendersi e di cui possono rivendicare l'osservanza rivolgendosi al Mediatore europeo⁷².

Assai rilevante è l'individuazione e l'analisi dei meccanismi di tutela giudiziaria cui è possibile ricorrere nei confronti delle agenzie di regolazione.

Prima di procedere a tale esame, occorre osservare che gli atti istitutivi, nel disporre al riguardo, solitamente si riferiscono soltanto ad azioni proponibili innanzi alla Corte di giustizia⁷³. Questo termine non deve, però, essere inteso in senso tecnico, ma come equivalente ad una generica indicazione degli organi giudiziari comunitari. Per individuare quello che, nel caso concreto, è competente, occorre considerare le attribuzioni dei giudici comunitari stabilite dal Trattato e dalle fonti cui esso fa riferimento.

Dispone nel senso indicato il dodicesimo *considerando* del preambolo del regolamento (Ce) n. 40/94 del Consiglio del 20 dicembre 1993, istitutivo dell'Ufficio di armonizzazione a livello di mercato interno (marchi, disegni e modelli), in base al quale il riferimento alla Corte di giustizia è equivalente a quello degli organi di giurisdizione comunitaria.

Tale indicazione può ritenersi implicita in tutti gli atti istitutivi delle agenzie di regolazione. Ciò è, ad esempio, dimostrato dall'art. 130 del regolamento di procedura del Tribunale di primo grado, che disciplina i ricorsi di-

regolamenti istitutivi (ad esempio l'art. 7 del regolamento (Ce) n. 1922/2006 che ha creato l'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere), ribadiscono l'applicazione alle agenzie delle disposizioni concernenti la tutela dei dati personali.

⁷⁰ Così l'art. 26 del regolamento (Ce) n. 460/2004, istitutivo dell'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione, nonché l'art. 22 del regolamento (Ce) n. 1922/2006 che ha costituito l'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere.

⁷¹ P. DYRBERG, *The European Ombudsman and the Community Agencies*, in KREHER (ed.), *The EC Agencies between Community Institutions and Constituents*, cit. *supra*, nota 1, p. 25 ss.; S. CADEDDU, *Le procedure del Mediatore europeo*, in F. BIGNAMI - S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Quaderno 1, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, spec. p. 249 ss. Cfr., altresì, il sito <http://www.euro-ombudsman.eu.int/decisioni>.

⁷² G. CARELLA, *Art. 195 TCE*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit. *supra*, nota 7, p. 943.

⁷³ Al riguardo v. G. GRECO, *Le agenzie comunitarie: aspetti procedurali e giurisdizionali della tutela degli interessati*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, p. 27 ss.

retti contro l'Ufficio comunitario delle varietà vegetali anche se il suo regolamento istitutivo si riferisce soltanto alla Corte di giustizia.

Una interpretazione del termine diversa da quella accolta non sarebbe, del resto, giustificabile sul piano della parità di trattamento, in quanto porterebbe a prevedere a vantaggio di determinate posizioni soggettive un riscontro giurisdizionale in un unico grado di fronte alla Corte, mentre altre situazioni, alle prime assimilabili per la titolarità soggettiva in capo a persone fisiche o giuridiche, godrebbero di una tutela articolata in un doppio grado di giudizio⁷⁴.

Opportunamente, comunque, i più recenti regolamenti istitutivi in alcuni casi chiariscono che i ricorsi d'annullamento ed in carenza contro le agenzie di regolazione devono essere proposti, secondo le rispettive competenze, o innanzi alla Corte o innanzi al Tribunale di primo grado⁷⁵.

Legittimati ad agire in sede giudiziaria nei confronti delle agenzie sono, in assenza di diverse indicazioni, quegli stessi cui le norme pattizie concernenti i vari tipi di azioni, di volta in volta richiamate nei regolamenti istitutivi, riconoscono tale qualifica.

Considerando le azioni proponibili nei confronti delle agenzie, occorre rilevare che le norme regolamentari disciplinano la loro responsabilità contrattuale ed *extra*-contrattuale in modo del tutto analogo a quanto stabilito per la Comunità dagli artt. 235, 238 e 288 del Trattato Ce. I problemi che al riguardo si pongono non sono quindi diversi da quelli già oggetto di numerose analisi della dottrina alla quale è necessario, in questa sede, rinviare⁷⁶.

Più complesso è il controllo di legittimità sugli atti delle agenzie. Esso si articola in diversi sistemi, che, tuttavia, si possono ricondurre a tre principali.

In alcuni casi, i regolamenti istitutivi ammettono un ricorso diretto alla Corte di giustizia alle stesse condizioni previste dall'art. 230 del Trattato Ce⁷⁷.

⁷⁴ Così M. CONDINANZI, *Il tribunale di primo grado e la giurisdizione comunitaria*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 206.

⁷⁵ Art. 94 del regolamento (Ce) n. 1907/2006, istitutivo dell'Agenzia europea per le sostanze chimiche.

⁷⁶ F. DUMON, *La responsabilité extracontractuelle des Communautés européennes et de leurs agents*, in *Cah. dr. eur.*, 1969, p. 3 ss.; B. DU BAN, *Les principes généraux communs de la responsabilité non contractuelle de la Communauté*, in *Cah. dr. eur.*, 1977, p. 397 ss.; G. VENTURINI, *La responsabilità extracontrattuale delle Comunità europee*, Milano, Giuffrè, 1980; F. SCHOCKWEILER - G. WIVENES - J. M. GODART, *Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1990, p. 27 ss.; G. VENTURINI, Art. 288 TCE, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 30, p. 973 ss.; R. BARATTA, Art. 288 TCE, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit. *supra*, nota 7, p. 1290 ss.

⁷⁷ La possibilità di ricorrere direttamente alla Corte di giustizia alle stesse condizioni stabilite dall'art. 230 del Trattato Ce è prevista dall'art. 17 del regolamento (Ce) n. 302/93, istitutivo dell'Osservatorio europeo delle droghe e delle tossicodipendenze; dall'art. 94, primo comma, del regolamento (Ce) n. 1907/2006, istitutivo dell'Agenzia europea per le sostanze chimiche e dal terzo comma dell'art. 27 del regolamento (Ce) n. 168/2007, istitutivo dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali. L'art. 74 del regolamento (Ce) n. 2100/94, istitutivo dell'Ufficio comunitario delle varietà vegetali, si limita a prevedere la possibilità di un ricorso diretto alla Corte di giustizia. Gli Stati membri e le «istituzioni» possono impugnare direttamente innanzi alla Corte di

Altre volte, le norme regolamentari prevedono che il controllo di legittimità, anche su richiesta dei terzi direttamente ed individualmente interessati, sia invece operato dalla Commissione⁷⁸, contro le cui decisioni, indipendentemente dalle espresse disposizioni che talora lo contemplano, è sempre possibile ricorrere in via giudiziaria, così come consentito dal disposto letterale dell'art. 230 del Trattato Ce.

Infine, i regolamenti istitutivi stabiliscono che gli interessati possano adire, con un ricorso amministrativo, organi dell'agenzia all'uopo costituiti (Commissioni di ricorso), le cui decisioni possono essere impugnate innanzi alla Corte di giustizia⁷⁹.

giustizia gli atti dell'Agenzia europea per la sicurezza aerea (art. 42 del regolamento (Ce) n. 1592/2002). La norma, quindi, non limita l'impugnativa della Corte dei Conti, così come dispone l'art. 230 del Trattato Ce, alla salvaguardia delle proprie prerogative.

Possono, inoltre, essere sempre oggetto di ricorso diretto alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 230 del Trattato Ce, oltre che di denuncia al Mediatore europeo in base al precedente art. 195, le decisioni che le agenzie adottano in materia di diritto d'accesso in applicazione del regolamento (Ce) n. 1409/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001, in *Guce* n. L 195 del 31 maggio 2001, p. 43 ss. Tale normativa è stata estesa alle agenzie all'epoca esistenti con una serie di regolamenti (Ce) dal n. 1641/2003 al n. 1655/2003, in *Gu-Ue* n. L 245 del 29 settembre 2003, p. 1 ss.

⁷⁸ Sottopongono gli atti dell'agenzia al controllo di «legalità» o di «legittimità» della Commissione su richiesta degli Stati membri, dei terzi direttamente ed individualmente (o personalmente) interessati e, talora, anche di qualsiasi membro dei Consigli di amministrazione: l'art. 18 del regolamento (Cee) n. 337/75, istitutivo del Centro europeo per lo sviluppo della formazione professionale; l'art. 22 del regolamento (Cee) n. 1365/75, istitutivo della Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro; l'art. 118 del regolamento (Ce) n. 40/94, istitutivo dell'Ufficio di armonizzazione a livello di mercato interno (marchi, disegni e modelli); l'art. 22 del regolamento (Ce) n. 2062/94, istitutivo dell'Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro; l'art. 44 del regolamento (Ce) n. 2100/94, istitutivo dell'Ufficio comunitario delle varietà vegetali; l'art. 28 (che prevede anche espressamente un ricorso volto ad annullare, ai sensi dell'art. 230 del Trattato Ce, la decisione con la quale la Commissione respinge l'«appello amministrativo») del regolamento (Ce) n. 851/2004, istitutivo del Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie.

⁷⁹ Legittimati ad adire le Commissioni di ricorso sono le parti del procedimento che si conclude con la decisione che non ha accolto le loro richieste (art. 58 del regolamento (Ce) n. 40/94, istitutivo dell'Ufficio di armonizzazione a livello di mercato interno) o le persone fisiche e giuridiche destinatarie della decisione impugnata (art. 68 del regolamento (Ce) n. 2100/94, istitutivo dell'Ufficio comunitario delle varietà vegetali; art. 36 del regolamento (Ce) n. 1592/2002, istitutivo dell'Agenzia europea per la sicurezza aerea; art. 92 del regolamento (Ce) n. 1207/2006, istitutivo dell'Agenzia europea per le sostanze chimiche). Anche i legittimati ad adire la Corte od il Tribunale di primo grado per ottenere l'annullamento delle decisioni delle Commissioni di ricorso sono variamente individuati. In alcuni casi (art. 63 del regolamento (Ce) n. 40/94, istitutivo dell'Ufficio di armonizzazione a livello di mercato interno) sono le parti, rimaste soccombenti, del procedimento innanzi alle Commissioni di ricorso; in altri, oltre alle suddette parti, anche la Commissione o lo stesso Ufficio sono legittimati a ricorrere (art. 73 del regolamento (Ce) n. 2100/94, istitutivo dell'Ufficio comunitario delle varietà vegetali). In altri ancora i regolamenti istitutivi (art. 41 del regolamento (Ce) n. 1592/2002, istitutivo dell'Agenzia europea per la sicurezza aerea; art. 94 del regolamento (Ce) n. 1207/2006, istitutivo dell'Agenzia europea per le sostanze chimiche) si limitano a stabilire che i provvedimenti con i quali le Commissioni decidono i ricorsi ad esse sottoposti possono essere impugnati innanzi alla Corte di giustizia alle stesse condizioni previste dall'art. 230 del Trattato Ce.

È, anche, contemplata la possibilità che, prima dell'esame da parte delle Commissioni di ricorso, il provvedimento oggetto di gravame possa essere rettificato (c.d. «revisione interlocutoria» o «revisione pregiudiziale») se esso appare, ad un primo esame, ammissibile e fondato. V., al proposito, gli artt. 57 ss. e 130 ss. del regolamento (Ce) n. 40/94, istitutivo dell'Ufficio di armonizzazione a livello di mercato interno (marchi, disegni e modelli); gli artt. 67 ss. del regolamento (Ce) n. 2100/94, istitutivo dell'Ufficio comunitario delle varietà vegetali; gli artt. 31 ss. del regolamento (Ce) n. 1592/2002, istitutivo dell'Agenzia europea per la sicurezza aerea; gli artt. 89 ss. del rego-

Alcuni regolamenti istitutivi riconoscono anche la possibilità, alle condizioni stabilite dall'art. 232 del Trattato Ce, di proporre un ricorso in carenza contro le agenzie⁸⁰.

È importante osservare che qualora tali regolamenti non contemplino la possibilità di un sindacato giudiziale concernente gli atti delle agenzie, i singoli potrebbero ciononostante ottenere dai giudici comunitari l'annullamento dei provvedimenti che li riguardano e che sono lesivi dei loro interessi.

In caso contrario si violerebbe, infatti, il fondamentale diritto ad una piena ed effettiva tutela giurisdizionale che, come noto, fa parte dei principî fondamentali del diritto comunitario⁸¹.

Non pare che la conclusione indicata sia contraddetta dalla giurisprudenza.

In particolare dev'essere interpretata alla luce del caso concreto l'ordinanza con la quale il Tribunale di primo grado dichiarò manifestamente irricevibile il ricorso di un privato che, senza che tale rimedio fosse previsto, chiedeva l'annullamento di un provvedimento dell'Ufficio di armonizzazione a livello di mercato interno (marchi, disegni e modelli)⁸². È importante ricordare che, nella fattispecie, il ricorrente aveva adito direttamente il Tribunale, così omettendo, come avrebbe dovuto fare secondo il regolamento istitutivo, di presentare un previo ricorso amministrativo alla Commissione, contro le cui determinazioni avrebbe potuto, poi, ricorrere in via giudiziaria.

Il giudice comunitario, nell'affermare che l'art. 230 del Trattato Ce non consentiva di impugnare atti di organi comunitari ivi non enumerati, pare aver considerato che tale interpretazione era, nella fattispecie, compatibile con l'esigenza, che veniva fatta salva, di assicurare al singolo mezzi cui avrebbe potuto far ricorso per tutelare, nei confronti dell'agenzia, i propri interessi.

In caso contrario e cioè se, in base al regolamento istitutivo, la decisione dell'Ufficio fosse stata sottratta a qualsiasi controllo, si sarebbe imposta, co-

lamento (Ce) n. 1907/2006, istitutivo dell'Agenzia europea per le sostanze chimiche.

Per una complessiva disamina dei rimedi giuridici esperibili nei confronti delle agenzie comunitarie v. J. MOLINIER, *Le régime contentieux des Agences de l'Union européenne*, in J.-F. COUZINET (coord.), *Les Agences de l'Union européenne*, cit. supra, nota 1, p. 119 ss. Sul contenzioso, che è di gran lunga il più cospicuo, in materia di proprietà intellettuale v. altresì J. L. DA CRUZ VILACA, *L'evoluzione del sistema giurisdizionale comunitario prima e dopo Maastricht*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 102 s.; V. SCORDAMAGLIA, *La tutela giuridica dei privati nei confronti degli Uffici comunitari di proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1996, p. 107 ss.; P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 69 ss.

⁸⁰ Il ricorso in carenza, secondo «i termini ed alle condizioni stabilite dell'art. 232 del Trattato», è espressamente ammesso dagli articoli: 41 del regolamento (Ce) n. 1592/2002, istitutivo dell'Agenzia europea per la sicurezza aerea; 94 del regolamento (Ce) n. 1907/2006 del 18 dicembre 2006, istitutivo dell'Agenzia europea per le sostanze chimiche; 27 terzo comma del regolamento (Ce) n. 168/2007, istitutivo dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali.

⁸¹ Così G. GRECO, *Le agenzie comunitarie*, cit. supra, nota 73, p. 36. Nello stesso senso anche R. ADAM, *Art. 7 TCE*, cit. supra, nota 32, p. 216 ss., che, tuttavia, sottolinea l'esistenza di una giurisprudenza comunitaria che: «parrebbe (...) incompatibile».

⁸² Ordinanza del Tribunale di primo grado dell'8 giugno 1998 in causa n. T-148/97, *Keeling c. UAMI*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 2219 ss.

me osservò la stessa agenzia nelle proprie difese, un'interpretazione estensiva della norma pattizia e, quindi, si sarebbe potuto chiamare in giudizio l'Ufficio comunitario.

Naturalmente la possibilità di ottenere l'annullamento degli atti delle agenzie è subordinata all'esistenza delle stesse condizioni previste dall'art. 230 del Trattato Ce.

Possono, pertanto, essere impugnati solo gli atti degli enti comunitari che producono effetti giuridicamente vincolanti per i terzi. Esattamente, quindi, il Tribunale di primo grado ritenne inammissibile il ricorso contro un parere dell'Agenzia europea di valutazione dei medicinali, poiché esso costituiva soltanto un atto endoprocedimentale, preliminare alla decisione della Commissione sulla commerciabilità del prodotto⁸³.

Connesso a quello esaminato è il problema relativo alla possibilità, in assenza di disposizioni espresse, di proporre un ricorso in carenza contro le agenzie.

Anche in questo caso la risposta dovrebbe essere positiva. Il fondamentale diritto alla tutela giurisdizionale non sarebbe, infatti, pieno ed effettivo se il singolo non potesse reagire per far fronte, alle condizioni stabilite dall'art. 232 del Trattato Ce, alle omissioni delle agenzie.

Occorre, da ultimo, esaminare la possibilità, che non è oggetto di previsioni regolamentari specifiche, di estendere agli enti comunitari l'applicazione degli artt. 234 e 241 del Trattato Ce.

Il rinvio pregiudiziale parrebbe doversi ammettere, in primo luogo, in quanto i provvedimenti delle agenzie fanno parte, così come il regolamento istitutivo che li prevede, del diritto comunitario, alla cui uniforme applicazione è finalizzato il rinvio pregiudiziale⁸⁴.

Non sembra, inoltre, sostenibile, come invece si dovrebbe riconoscere negando la possibilità del rinvio pregiudiziale, che, delegando poteri alle agenzie, questi possono essere sottratti a quei controlli cui, in sede giudiziaria, sarebbero soggetti se le istituzioni li esercitassero direttamente⁸⁵.

⁸³ Sentenza del Tribunale di primo grado del 18 dicembre 2003 in causa n. T-326/99, *Olivieri c. Commissione ed Agenzia europea di valutazione dei medicinali*, in *Raccolta*, 2003, II, p. 6053 ss.

⁸⁴ Cfr. R. H. LAUWAARS, *Auxiliary Organs and Agencies in the EEC*, CMLR, 1979, p. 365 ss.

⁸⁵ G. TESAURO, *Diritto comunitario*, IV ed., Padova, Cedam, 2005, p. 216, osserva che l'espressione «Comunità di diritto» vuole sostanzialmente ammonire che al controllo giurisdizionale così come prefigurato dal Trattato, non devono e non possono sottrarsi né le istituzioni comunitarie, né gli Stati membri, né i singoli.

Quanto sostenuto nel testo parrebbe confermato dalle pronunce con le quali la Corte affermò la propria competenza interpretativa sugli atti adottati da enti previsti da accordi di associazione (sentenze 14 novembre 1989 in causa n. 30/88, *Grecia c. Commissione*, in *Raccolta*, 1989, p. 3711 ss.; 20 settembre 1990 in causa n. C-192/89, *Sevince*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 3461 ss.; 16 dicembre 1992 in causa n. C-237, *Kus*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 6807 ss.).

È stato sottolineato che la tendenza ad estendere, attraverso atti di diritto derivato (o, a maggior ragione, con criteri interpretativi), l'ambito di applicazione delle vigenti norme dei Trattati sulla tutela giurisdizionale ad organismi ivi non contemplati, pone problemi di certezza del diritto che dovrebbero essere superati con apposite modifiche dei Trattati (V. RANDAZZO, *Il progetto di accordo interistituzionale sulle agenzie europee di regolazione: una soluzione adeguata?*, in *Riv. dir.*

Peraltro il ricorso all'art. 234 del Trattato Ce ha, ai nostri fini, scarso significato pratico.

L'interpretazione degli atti delle agenzie che, come si osserverà, sono enti deputati all'applicazione di cognizioni specialistiche, verosimilmente comporta problematiche tecniche e scientifiche, più che giuridiche.

Anche il rinvio pregiudiziale di validità è di dubbia utilità, perché i provvedimenti vincolanti delle agenzie consistono in decisioni individuali, la cui legittimità può essere contestata in sede giudiziale entro termini prescritti a pena di decadenza. Il privato, quindi, non potrebbe a tal fine giovare di un rinvio pregiudiziale, da ritenersi inammissibile⁸⁶.

Il Tribunale di primo grado, con sentenza – rilevante per più aspetti – 12 luglio 2001, riconobbe, inoltre, che l'eccezione di invalidità di cui all'art. 241 del Trattato Ce poteva essere proposta anche se non prevista dal regolamento istitutivo dell'agenzia comunitaria di regolazione in quanto espressione di un principio generale⁸⁷.

Occorre, infine, osservare che i regolamenti istitutivi, a differenza di quanto accade per la legittimazione passiva, non si pronunciano sulla legitti-

int., 2005, p. 1062 ss.). Opportunamente, quindi, gli artt. III-365, III-367, III-369 e III-368 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, chiariscono che i giudici comunitari sono competenti per le azioni di annullamento ed in carenza nonché per il rinvio pregiudiziale e l'eccezione di invalidità relativi ad atti di «organi» ed «organismi» dell'Unione. V., al riguardo, A. ADINOLFI, *Le istituzioni giudiziarie nel progetto di Costituzione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 645 ss. Analogamente cfr., altresì, l'art. 2 (punti 214, 215, 224) del Trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007.

⁸⁶ G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 85, p. 300 s., ricorda che l'atto comunitario non può più essere rimesso in discussione se il singolo sia formalmente il suo destinatario o se sia indiscutibilmente legittimato ad impugnarlo con ricorso diretto.

⁸⁷ Sentenza del Tribunale di primo grado del 12 luglio 2001 in causa n. T-120/99, *Kik c. UAMI*, in *Raccolta*, 2001, II, p. 2235 ss. La fattispecie riguarda il rigetto di una domanda di marchio comunitario in cui l'interessata non aveva indicato, come prescritto dall'art. 115 del regolamento (Ce) n. 40/94, una seconda lingua scelta tra quelle indicate dal regolamento. La ricorrente, impugnando innanzi al Tribunale la decisione di rigetto, ne sostenne l'illegittimità poiché basata su una norma regolamentare (citato art. 115) che sarebbe stata inapplicabile in quanto adottata in violazione di un supposto principio comunitario di parità delle lingue. Il Tribunale, pur ritenendo di avere il potere di disapplicare (a differenza di quanto avrebbe potuto fare l'Ufficio) la norma regolamentare, respinse il ricorso, negando l'esistenza dell'invocato principio di parità delle lingue e sostenendo che, in assenza di un espresso richiamo, non poteva applicarsi alle agenzie il regolamento (Cee, Ceca, Euratom) n. 1 del Consiglio del 15 aprile 1958, che stabilisce il regime linguistico delle Comunità (in *Guce* n. L 17 del 6 ottobre 1958, p. 385 ss.). La sentenza del Tribunale è stata confermata dalla Corte con sentenza del 9 settembre 2003 in causa n. C-361/01 P, *Kik c. UAMI*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 8283 ss. In senso critico su tali pronunce v. E. A. RAFFAELLI, *Le lingue nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, spec. p. 709 ss.

Occorre segnalare che diverse norme regolamentari hanno ormai provveduto ad estendere alle agenzie il regime linguistico di cui al regolamento n. 1/58. Ad esempio: art. 22 del regolamento (Ce) n. 460/2004, istitutivo dell'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione; art. 18 del regolamento (Ce) n. 1321/2004, istitutivo dell'Autorità di vigilanza europea GNSS; art. 104 del regolamento (Ce) n. 1907/2006, istitutivo dell'Agenzia europea per le sostanze chimiche; art. 16 del regolamento (Ce) n. 1922/2006, istitutivo dell'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere. Sul regime linguistico delle agenzie v. D.-U. GALETTA - J. ZILLER, *Il regime linguistico della Comunità*, in M. P. CHITI - G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte generale, tomo II, II ed., Milano, Giuffrè, 2007, p. 1067 ss.

mazione attiva delle agenzie che, conseguentemente, parrebbe doversi ammettere negli stessi casi e alle stesse condizioni all'uopo stabilite dal Trattato per qualsiasi persona giuridica.

5. Il bilancio delle agenzie di regolazione e i poteri di indirizzo e di controllo delle istituzioni comunitarie

Le agenzie comunitarie di regolazione hanno un proprio bilancio, distinto da quello generale delle Comunità europee.

Quello di previsione comprende le entrate e le spese dell'esercizio finanziario, coincidente con l'anno civile, che devono essere in pareggio.

Le entrate, secondo i vari regolamenti istitutivi, solitamente si compongono di un contributo o sovvenzione iscritti sul bilancio generale delle Comunità europee; di pagamenti, definiti anche «tasse», «tariffe» o «quote», ricevute in corrispettivo dei servizi resi⁸⁸; nonché di altri contributi eventualmente versati da Stati membri, Paesi terzi od organizzazioni internazionali.

Le spese includono, oltre a quelle relative alla retribuzione del personale, quelle amministrative, per infrastrutture e di esercizio.

L'autonomia finanziaria delle agenzie ed i poteri di indirizzo e di controllo delle istituzioni comunitarie variano a seconda che ricevano o meno effettivamente sovvenzioni a carico del bilancio comunitario.

Nel primo caso si applica agli enti comunitari il regolamento finanziario quadro (Ce, Euratom) n. 2343/2002, adottato dalla Commissione il 23 dicembre 2002 in base ai poteri conferitile dall'art. 185 del regolamento (Ce, Euratom) n. 1605/2002 del Consiglio del 25 giugno 2002⁸⁹.

Il regolamento finanziario quadro degli organismi dotati di personalità giuridica n. 2343/2002, al quale si conformano i regolamenti istitutivi di ogni singola agenzia, stabilisce la disciplina generale relativa alla struttura, formazione ed esecuzione del bilancio delle stesse.

I regolamenti finanziari adottati da ciascun ente comunitario possono, se-

⁸⁸ Cfr. X. A. YATAGANAS, *Certains aspects de la réglementation financière des organismes décentralisés*, in A. KREHER (ed.), *The EC Agencies between Community Institutions and Constituents*, cit. supra, nota 1, p. 39 ss.; T. BABUSCIO, *Artt. 43-45* (regolamento (Ce) n. 178/2002), in AA.VV., *La sicurezza alimentare nell'Unione europea* (reg. n. 178/02/Ce), cit. supra, nota 26, p. 411, nota 39; E. CHITI, *Agenzie europee*, cit. supra, nota 1, p. 96 s.

⁸⁹ V.: regolamento (Ce, Euratom) n. 1605/2002 (da ultimo modificato con regolamento (Ce) n. 1495/2006 del Consiglio del 13 dicembre 2006, in *Gu-Ue* n. L 390 del 30 dicembre 2006, p. 1 ss.), in *Guce* n. L 248 del 16 settembre 2002, p. 1 ss.; regolamento (Ce, Euratom) n. 2342/2002, in *Guce* n. L 357 del 31 dicembre 2002, p. 72 ss.

In dottrina v. P. CRAIG, *Una nuova cornice per l'amministrazione comunitaria: il regolamento finanziario del 2002*, in F. BIGNAMI - S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, cit. supra, nota 71, p. 161 ss.; F. VAN CRAEYENEST - I. SAARILAHTI, *Le nouveau règlement financier applicable au budget général de l'Union européenne: un maillon essentiel dans la réforme de la Commission*, *RMCE*, 2004, p. 30 ss.

condo quanto dispone il citato art. 185, discostarsi da quello "quadro" solo se lo impongono esigenze specifiche di funzionamento e previo accordo con la Commissione.

Il regolamento "quadro", riferendosi alle agenzie che fruiscono di contributi comunitari, dispone che devono fornire il loro bilancio preventivo alla Commissione che, a sua volta, lo trasmette all'Autorità comunitaria di bilancio (Parlamento europeo e Consiglio) munito delle proprie considerazioni. Tale Autorità, allorché adotta in via definitiva il bilancio generale delle Comunità, fissa l'ammontare della sovvenzione annuale da erogare alle agenzie ed approva, in particolare, la tabella del loro organico, che costituisce, per ciascun ente, un «limite imperativo» oltre al quale non sono consentite assunzioni.

Il bilancio delle agenzie, che anche per questo motivo è considerato "satellite" di quello generale delle Comunità europee⁹⁰, diviene definitivo solo dopo l'adozione definitiva di quest'ultimo, al quale dev'essere, eventualmente, adeguato.

Il Parlamento europeo riveste un ruolo decisivo per il funzionamento delle agenzie in quanto, in caso di disaccordo col Consiglio, determina in ultima istanza l'entità del contributo, che rientra tra le spese non obbligatorie, da attribuire a ciascun ente comunitario⁹¹.

L'istituzione comunitaria si è talora pure avvalsa della facoltà, ampiamente discrezionale, di collocare in riserva la sovvenzione da assegnare all'agenzia. Se non interpretata in senso punitivo, l'uso della riserva può costituire un efficace stimolo affinché l'ente, per percepire effettivamente le somme accantonate, soddisfi le esigenze formulate dal Parlamento europeo⁹².

Non meno rilevante di quella esaminata è l'attività di controllo e di indirizzo che l'Autorità di bilancio esercita in occasione della chiusura annuale dei conti dell'agenzia.

Secondo l'art. 94 del citato regolamento finanziario quadro è il Parlamento europeo che chiude il bilancio annuale dell'agenzia e dà atto al direttore della sua esecuzione, così liberandolo dalle relative responsabilità. Il provvedimento di discarico assume un valore "politico" perché esprime valutazioni di merito, a volte anche assai ruvide, sull'operato dell'agenzia⁹³.

⁹⁰ A. SALMI, *Contrôle des organismes satellites par la Cour des Comptes européenne*, in A. KREHER (ed.), *The EC Agencies between Community Institutions and Constituents*, cit. supra, nota 1, p. 51 ss.; T. BABUSCIO, *Artt. 43-45* (regolamento (Ce) n. 178/2002), cit. supra, nota 88, p. 409.

⁹¹ L'art. 272 del Trattato Ce distingue le spese obbligatorie da quelle non obbligatorie. Il quarto comma della norma introduce una sorta di navetta tra Consiglio e Parlamento europeo in base alla quale l'ultima parola spetta alla prima istituzione per le spese obbligatorie ed alla seconda per quelle non obbligatorie.

⁹² Cfr. i vari esempi addotti da T. BABUSCIO, *Artt. 43-45* (regolamento (Ce) n. 178/2002), loc. cit., p. 411, nota 13.

⁹³ Cfr. S. BAZIADOLY, *Le refus de la décharge par le Parlement européen*, RMCUE, 1992, p. 58 ss.; G. CLEMENTE, *Art. 276 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattato dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit. supra, nota 7, p. 1252. L'ultimo alinea dell'art. 71 del regolamento inter-

L'art. 96 del regolamento finanziario quadro impone al direttore, che è anche tenuto a rendere conto delle misure poste in essere, di adottare ogni utile provvedimento per dare seguito «alle osservazioni che accompagnano la decisione di discarico del Parlamento europeo e ai commenti che accompagnano la raccomandazione di discarico del Consiglio».

In caso di rinvio del provvedimento di discarico egli è inoltre obbligato dall'art. 94 del suddetto regolamento a «prendere, al più presto, misure che consentano e facilitino la rimozione degli ostacoli che si frappongono alla decisione».

Rimangono, a questo punto, da considerare le agenzie i cui regolamenti istitutivi prevedono uno specifico regime nel caso in cui prescindano da contributi comunitari e cioè: l'Ufficio di armonizzazione a livello di mercato interno (marchi, disegni e modelli) e l'Ufficio comunitario delle varietà vegetali. Il bilancio delle due agenzie, nel caso in cui siano finanziariamente autosufficienti, è approvato in via definitiva dai rispettivi Consigli di amministrazione.

L'autonomia economica degli Uffici non è peraltro, totale, poiché si fonda sulla percezione di "tasse" per i servizi resi il cui importo è stabilito dalla Commissione.

Il discarico dei conti di queste agenzie sfugge, inoltre, al controllo dell'Autorità di bilancio comunitaria in quanto è concesso ai loro presidenti rispettivamente dal Comitato di bilancio dell'Ufficio di armonizzazione a livello di mercato interno (marchi, disegni e modelli) e dal Consiglio di amministrazione dell'Ufficio comunitario delle varietà vegetali⁹⁴. Anche sotto quest'ultimo aspetto non può, comunque, affermarsi l'esistenza di una piena autonomia degli enti comunitari, la cui contabilità è soggetta, come quella delle altre agenzie di regolazione, al vaglio della Corte dei conti ed alla vigilanza dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode⁹⁵.

no del Parlamento europeo, ribadisce che le disposizioni concernenti la procedura di discarico da dare alla Commissione si applicano anche «alla procedura relativa al discarico da dare agli organi responsabili dell'esecuzione del bilancio di organismi giuridicamente indipendenti che svolgono funzioni comunitarie, nella misura in cui le disposizioni che ne disciplinano l'attività prevedano il discarico da parte del Parlamento europeo».

⁹⁴ Il sistema indicato nel testo è stato criticato in quanto, in sede di discarico, le agenzie che ricevono contributi devono rispondere anche delle entrate che provengono da fonti diverse dal bilancio comunitario, mentre quelle che non ricevono sovvenzioni non sono tenute a farlo. Così il punto 1 del documento di lavoro della Commissione del Parlamento europeo per il controllo dei bilanci, relativo all'esecuzione per il 2004 dei bilanci delle agenzie (DT/6004291T.doc). Il discarico dei conti del Centro di traduzione degli organismi dell'Unione europea, inizialmente di competenza del Consiglio di amministrazione, è stato attribuito all'Autorità di bilancio comunitaria dal regolamento (Ce) n.1645/2003 del Consiglio del 18 giugno 2003, in *Gu-Ue* n. L 245 del 29 settembre 2003, p. 13 ss.

⁹⁵ Le entrate e le spese delle agenzie sono soggette all'esame della Corte dei conti in virtù dell'art. 248 del Trattato Ce che estende il suo controllo ad ogni «organismo creato dalla Comunità», nella misura in cui l'atto costitutivo non lo escluda. Le agenzie sono altresì soggette ad un controllo dei conti interno affidato al controllore finanziario della Commissione o ad un soggetto nominato dal Consiglio di amministrazione.

V., sul punto, A. SALMI, *Contrôle des organismes satellites*, cit. supra, nota 90, p. 51 ss.; A. SANTINI, *Art. 248 TCE*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e*

6. Le agenzie di regolazione comunitarie come enti a «geometria variabile». Il tentativo di stabilire uno statuto uniforme

Le agenzie di regolazione comunitarie sono sorte, in momenti successivi, per rispondere, nei singoli casi, ad esigenze specifiche. Conseguentemente, pur presentando alcuni tratti uniformi, hanno tipologie talmente eterogenee da esser state definite a «geometria variabile»⁹⁶.

L'assenza di un comune quadro di riferimento, avverte la Commissione, rischia di sfociare in una situazione talmente poco trasparente e comprensibile da incrinare lo stesso principio di certezza del diritto⁹⁷. Anche la dottrina ha opportunamente segnalato il pericolo di trovarsi in presenza di un «groviglio di istituti, che persino sul piano della tutela giurisdizionale espone l'interprete ed il cittadino comunitario ad un'esasperante incertezza»⁹⁸.

Da tempo è stata quindi percepita la necessità di avviare un processo che possa condurre alla *reductio ad unitatem* dei diversi modelli che attualmente contraddistinguono le agenzie comunitarie di regolazione.

Un prima riflessione in tal senso è rappresentata dal Libro Bianco della Commissione sulla *governance* europea del 5 agosto 2001, che indicò alcune condizioni per costituire le agenzie di regolazione⁹⁹.

dell'Unione europea, cit. supra, nota 30, p. 843 ss.; V. DUSSART, *L'autonomie financière des Agences européennes*, in J.-F. COUZINET (coord.), *Les Agences de l'Union européenne*, cit. supra, nota 1, p. 97 ss.; G. CLEMENTE, *Art. 248 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione e della Comunità europea*, cit. supra, nota 7, p. 1164.

L'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF) estende la sua attività agli organismi che, come le agenzie, sono istituiti sulla base dei Trattati: art. 2 della decisione (Ce, Ceca, Euratom) n. 1999/352 della Commissione del 28 aprile 1999, in *Guce* n. L 136 del 31 maggio 1999, p. 1 ss.; art. 1 del regolamento (Ce) n. 1073/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 maggio 1999, in *Guce* n. L 136 del 31 maggio 1999, p. 1 ss.

Taluni regolamenti istitutivi prevedono espressamente la vigilanza dell'OLAF (v., ad esempio, l'art. 17 del regolamento (Ce) n. 460/2004, istitutivo dell'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione e l'art. 23 del regolamento (Ce) n. 851/2004, istitutivo del Centro europeo per la prevenzione ed il controllo delle malattie). Occorre notare che in altri casi non si è ritenuto opportuno inserire un riferimento all'OLAF in quanto la normativa in vigore già comportava l'estensione della sua attività alle agenzie. V. la motivazione della Commissione della proposta modificata del regolamento n. 178/2002, istitutivo dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare (Com.(2001)475 def., p. 10).

⁹⁶ Così F. SAUER (Pilote) - A. QUERO (Rapporteur), *Rapport du groupe de travail*, cit. supra, nota 62, punto I.1.8. O. BLIN, *Les structures des Agences de l'Union européenne*, in J.-F. COUZINET (a cura di), *Les Agences de l'Union européenne*, cit. supra, nota 1, p. 79 ss., distingue le istanze decisionali ed esecutive, sempre presenti nelle agenzie, da quelle, eventuali e complementari, di natura consultiva e giurisdizionale. Le prime sono espletate rispettivamente dal Consiglio di amministrazione o di direzione e dal presidente o dal direttore dell'agenzia. Le seconde sono rispettivamente svolte da Comitati consultivi o di esperti e dalle Commissioni di ricorso.

⁹⁷ Punto 1 della relazione della Commissione al progetto di accordo interistituzionale relativo all'inquadramento delle agenzie europee di regolazione del 25 febbraio 2005 (Com(2005)59 def.).

⁹⁸ G. GRECO, *Le agenzie comunitarie*, cit. supra, nota 73, p. 37.

⁹⁹ V. il Libro Bianco su «La Governance Europea» del 5 agosto 2001 (Com(2001)428 def/2). Al riguardo v. F. CAPELLI, *Commento al libro bianco della Commissione Ce sulla governance*, in questa *Rivista*, 2001, p. 627 ss.; G. TIBERI, *Il Libro Bianco sulla Governance europea: verso un rafforzamento delle istanze democratiche dell'Unione?*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 163 ss.

La Commissione, conformemente all'impegno assunto nel Libro Bianco, propose criteri più dettagliati per la creazione ed il funzionamento degli enti comunitari nella comunicazione sull'«inquadramento delle agenzie europee di regolazione» dell'11 dicembre 2002¹⁰⁰.

Raccogliendo gli inviti espressi dal Parlamento europeo e dal Consiglio¹⁰¹, la Commissione presentò infine, il 25 febbraio 2005, un progetto di accordo interistituzionale relativo all'inquadramento delle agenzie comunitarie di regolazione¹⁰². Con gli accordi in questione è possibile regolare, attraverso disposizioni di dettaglio, aspetti non disciplinati dai Trattati, sempreché le scelte operate siano conformi a questi ultimi. Essi costituiscono un fenomeno eterogeneo, inquadrabile tra gli atti comunitari atipici, che possono o meno produrre, nei rapporti tra istituzioni, effetti giuridici vincolanti¹⁰³. Non v'è dubbio che, nella fattispecie, le istituzioni dovevano esprimere la volontà di impegnarsi reciprocamente a rispettare i principi, le procedure e le norme poste dall'accordo al momento di istituire una nuova agenzia comunitaria di regolazione. Il progetto di accordo disciplina, infatti, i rapporti tra istituzioni in modo tale da obbligarle a determinare il contenuto degli atti normativi concernenti l'istituzione delle agenzie alla luce di parametri omogenei attinenti alla loro struttura, funzionamento ed al controllo della loro attività.

Esisteva anche l'impegno ad estendere l'inquadramento alle agenzie comunitarie esistenti prima della data di entrata in vigore dell'accordo; nonché, occorrendo, ad altri enti europei.

Senonché l'accordo proposto, perdurando l'opposizione del Consiglio, non è ancora entrato in vigore¹⁰⁴.

Ciononostante è opportuno considerarne le linee essenziali al fine di individuare quelle che, in sostanza, codificano un assetto già esistente in base ai

¹⁰⁰ V. la Comunicazione della Commissione sull'inquadramento delle agenzie europee di regolazione, *cit. supra*, nota 1.

¹⁰¹ V. il punto 2 della risoluzione del Parlamento europeo del 13 gennaio 2004, nonché le conclusioni del Consiglio del 28 giugno 2004 (entrambe in <http://www.europa.eu>).

¹⁰² V. il progetto di accordo interistituzionale relativo all'inquadramento delle agenzie europee di regolazione del 25 febbraio 2005 (Com(2005)59 def.). In dottrina v. V. RANDAZZO, *Il progetto di accordo interistituzionale*, *cit. supra*, nota 85, p. 1062 ss.

¹⁰³ V. J. MONAR, *Interinstitutional Agreements: The Phenomenon and Its New Dynamics after Maastricht*, CMLR, 1994, p. 695 ss.; C. REICH, *La mise en oeuvre du Traité de l'Union européenne par les accords interinstitutionnels*, RMCUE, 1994, p. 81 ss.; R. BARATTA, *La dichiarazione relativa agli accordi interistituzionali allegata all'Atto finale del Trattato di Nizza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 744 ss.; G. FIENGO, *Brevi riflessioni in tema di natura giuridica ed efficacia degli accordi interistituzionali alla luce del Trattato di Nizza*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, p. 13 ss.; A.-M. TOURNEPICHE, *La clarification du statut juridiques des accords interinstitutionnels. Commentaire de la déclaration du projet du Traité de Nice relative à l'article 10 CE*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2002, p. 209 ss.

¹⁰⁴ Il presidente del Consiglio, nel corso della discussione sull'inquadramento delle agenzie europee di regolazione svoltasi nel Parlamento europeo il 15 dicembre 2006, dichiarò che il Consiglio aveva ritenuto che non si potesse pervenire ad alcuna intesa sull'argomento sotto forma di accordo interistituzionale, per lo meno nei termini in cui esso era stato proposto (<http://www.europarl.europa.eu>).

regolamenti istitutivi e quelle che hanno invece una portata innovativa.

Il progetto conferma, in primo luogo, le considerazioni svolte a proposito della personalità giuridica delle agenzie di regolazione, configurate come soggetti autonomi, dotati della più ampia capacità giuridica riconosciuta negli ordinamenti interni alle persone giuridiche e capaci di concludere sul piano internazionale "accordi di lavoro" da non confondere, come già detto, con i trattati internazionali.

Permane anche la possibile distinzione tra enti comunitari che possono adottare decisioni individuali vincolanti soggetti terzi, che non implicano la scelta tra interessi pubblici in conflitto o l'esercizio di discrezionalità politica e quelli cui sono solo affidati compiti di consulenza, assistenza, nonché di raccolta, valutazione e trasmissione dati.

Confermata è pure la diversità, con le connesse e già indicate conseguenze, tra agenzie che ricevono una sovvenzione comunitaria e quelle che si autofinanziano.

Nessuna novità presenta poi, il progetto d'accordo per ciò che riguarda le principali caratteristiche del regime giuridico che si applica alle agenzie di regolazione alle quali, come già osservato, si estende la disciplina prevista per la Comunità e le sue istituzioni in materia di responsabilità contrattuale ed *extra*-contrattuale; di privilegi ed immunità; di personale; di tutela dei dati personali; di controlli del Mediatore europeo e dell'OLAF.

Opportunamente, peraltro, l'accordo chiarisce, superando possibili dubbi interpretativi, che, previo esaurimento delle eventuali vie interne di ricorso, gli interessati possono adire la Corte di giustizia sia per ottenere l'annullamento degli atti dell'agenzia sia per proporre un ricorso in carenza contro la stessa.

Pur senza sottovalutare alcuni elementi di novità, come la necessità di far precedere la creazione delle agenzie da «una valutazione d'impatto» condotta in base ad una dettagliata serie di parametri, le parti più innovative del progetto in esame riguardano la determinazione della struttura e della sede delle agenzie.

Attualmente gli enti comunitari, con specifico riferimento al numero di organi che li compongono, a quello dei membri che fanno parte di ognuno di essi ed alle procedure di nomina degli stessi, presentano un assetto variabile da caso a caso riconducibile a non meno di dodici modelli.

Il progetto, quindi, ha fornito criteri tesi ad evitare la proliferazione di disegni strutturali estemporanei.

In primo luogo, esso limita a due gli organi che ogni agenzia deve necessariamente possedere. Si tratta di un organo collegiale di programmazione e di sorveglianza che si riunisce periodicamente, costituito dal Consiglio di amministrazione, e di un organo monocratico permanente con funzioni esecutive, rappresentato dal direttore.

Esiste, inoltre, l'impegno «a limitare il numero dei membri del Consiglio di amministrazione per favorire la massima efficacia nell'adozione delle deci-

sioni e ridurre il più possibile i costi operativi». In tale prospettiva si stabilisce che anche il numero dei membri di un eventuale «Ufficio esecutivo» non può essere superiore ad otto.

Il Consiglio di amministrazione dell'ente comunitario deve, poi, essere composto nel rispetto del proclamato principio di parità degli esecutivi, che è teso a perseguire «un giusto equilibrio» tra interessi comunitari ed interessi nazionali.

Al riguardo occorre distinguere gli organi politici da quelli tecnici delle agenzie.

Entrambi sono composti da individui che, singolarmente considerati, manifestano volontà giuridicamente non riferibili ad alcun altro ente.

I membri degli organi politici operano, tuttavia, al fine di evidenziare gli interessi di chi li ha nominati e di conciliarli con quelli espressi da altri rappresentati in vista del perseguimento di uno scopo comune. Quelli, invece, degli organi tecnici manifestano punti di vista dal cui confronto si ottiene un'approfondita disamina di questioni scientifiche¹⁰⁵.

Attualmente i membri degli organi collegiali di natura politica sono, normalmente, in parte nominati dagli Stati membri (o dal Consiglio, su designazione degli Stati) ed in parte dalle istituzioni comunitarie. Sebbene la consistenza numerica delle due componenti vari a seconda dei casi, si può senz'altro constatare che la parte più rappresentata è quella di nomina o di indicazione statale.

In virtù del nuovo principio stabilito nel progetto di accordo, nel Consiglio di amministrazione delle agenzie dovrebbe esser presente un numero di membri nominati dal Consiglio pari a quello dei designati dalla Commissione.

Per contemperare il principio di parità degli esecutivi con l'avvertita esigenza di ciascun Stato di nominare alcuni membri del Consiglio di amministrazione, il progetto di accordo ha anche elaborato una soluzione di compromesso in base alla quale al primo gruppo dovrebbe essere attribuito, ancorché più numeroso, un numero di voti uguale a quello della seconda componente.

Al Parlamento europeo non è stato invece riconosciuto il potere di nominare propri rappresentanti in quanto ciò avrebbe potuto influenzare il controllo che l'istituzione è chiamata ad operare sul bilancio dell'agenzia, e, in particolare, il provvedimento di discarico dei suoi conti.

Parrebbe inadeguato, specie per garantire il rispetto del principio di trasparenza così come assicurato da numerosi regolamenti istitutivi, aver previsto che la nomina del direttore dell'agenzia sia effettuata dal Consiglio di amministrazione sulla base di un elenco di candidati che però, secondo il pro-

¹⁰⁵ Così E. CHITI, *Le agenzie europee*, cit. *supra*, nota 1, p. 474 s. Cfr., sulla distinzione tra organi politici ed organi scientifici, la sentenza del Tribunale di primo grado dell'11 settembre 2002 in causa n. T-70/99, *Alpharma c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 3495 ss., spec. punti 227-239.

getto, la Commissione predispone senza bandire una pubblica selezione.

Sono, infine, importanti le precisazioni con le quali si stabiliscono, colmando una lacuna esistente, le modalità per determinare l'ubicazione delle agenzie.

La relazione che accompagna il progetto di accordo precisa che la sede dell'agenzia è determinata dall'atto istitutivo dopo essere stata decisa «al più alto livello politico».

Il progetto stabilisce altresì che occorre comunque fissare la sede dell'agenzia entro un termine massimo di sei mesi dall'adozione del regolamento istitutivo.

La disposizione, sebbene costituisca un apprezzabile tentativo di accelerare l'individuazione della sede definitiva dell'agenzia, appare di scarsa efficacia, perché non stabilisce le conseguenze dell'eventuale superamento del termine indicato.

Soprattutto non sembra giuridicamente condivisibile rimettere «al più alto livello politico» la determinazione della sede dell'agenzia.

Non parrebbe, infatti, che il potere implicito di costituire nuovi soggetti comunitari possa essere disgiunto da quello, strettamente connesso, di stabilirne la sede¹⁰⁶.

Solo nel caso in cui le istituzioni non provvedessero a fissarla nel regolamento istitutivo, sarebbe necessario ammettere, applicando analogicamente l'art. 284 del Trattato Ce, l'intervento degli Stati membri.

7. Le agenzie esecutive

Alla Commissione sono attribuite funzioni esecutive sia, secondo l'art. 274 del Trattato Ce, per eseguire il bilancio comunitario sia, in virtù dei precedenti artt. 202 e 212, per attuare gli atti «base» in virtù della delega conferita dalle istituzioni.

¹⁰⁶ Le sedi definitive delle agenzie sono state in alcuni casi determinate direttamente dai regolamenti istitutivi (art. 1, secondo comma, del regolamento (Cee) n. 1365/75, istitutivo della Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro; art. 1 del regolamento (Cee) n. 3377/75, istitutivo del Centro europeo per lo sviluppo della formazione professionale; art. 18, quarto comma, del regolamento (Ce) n. 768/2005, istitutivo dell'Agenzia comunitaria di controllo della pesca; art. 23 quinto comma del regolamento (Ce) n. 168/2007, istitutivo dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali).

In altri casi i regolamenti istitutivi si sono limitati a stabilire che la sede dell'agenzia è decisa dal Consiglio all'unanimità (art. 15 del regolamento (Ce) n. 2700/2004, istitutivo dell'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea).

La sede delle agenzie è stata talora individuata, ai sensi dell'art. 289 del Trattato Ce, mediante accordo tra gli Stati membri (v. art. 1 della decisione 13 dicembre 2003 adottata di comune accordo dai rappresentanti dei Governi degli Stati membri, riuniti a livello di Capi di Stato o di Governo), oppure inserito in apposito protocollo sulla sede delle istituzioni e di determinati organismi e servizi delle Comunità europee nonché di Europol, allegato al Trattato di Amsterdam.

Il già citato regolamento (Ce) n. 1605/2002 del Consiglio del 25 giugno 2002 precisa le modalità con le quali la Commissione esegue il bilancio comunitario.

In particolare essa può a tal fine utilizzare agenzie esecutive alle quali affida alcuni compiti che, in questo modo, vengono esternalizzati.

Tali soggetti sono definiti dall'art. 55 del regolamento come persone giuridiche di diritto comunitario, cui la Commissione delega, per suo conto e sotto la sua responsabilità, l'attuazione di un progetto o programma comunitario.

Lo Statuto uniforme delle agenzie esecutive è stato stabilito dal Consiglio, com'era previsto dal suddetto art. 55, con regolamento (Ce) n. 58/2003 del 19 dicembre 2002¹⁰⁷. Esso, tra l'altro, precisa ulteriormente le loro caratteristiche.

L'art. 2 del regolamento n. 58/2003 chiarisce che per programma comunitario si intende qualunque azione, insieme di azioni od altre iniziative comportanti una spesa che, secondo l'atto base o l'autorizzazione di bilancio ad essa relativa, deve essere attuata dalla Commissione a favore di una o più categorie di beneficiari specifici.

Il successivo art. 17 specifica, inoltre, che la spesa che l'esecuzione del programma comporta può essere finanziata sia dal bilancio comunitario, sia da fonti diverse.

Il regolamento n. 58/2003 ha, quindi, dovuto essere adottato sulla base dell'art. 308 del Trattato Ce poiché il Consiglio non si è limitato a determinare, come autorizzato dall'art. 55 del regolamento (Ce, Euratom) n. 1605/2002, lo statuto delle agenzie cui la Commissione delega compiti esecutivi in materia di esecuzione del bilancio, ma ha provveduto a fissarlo anche per quelle che utilizzano stanziamenti provenienti da cespiti diversi.

La Commissione può incaricare le agenzie dell'esecuzione di tutto o parte del programma, ovvero anche soltanto di svolgere azioni che possano orientarla nell'attuazione dello stesso.

Le agenzie esecutive hanno un regime giuridico che, in parte, si conforma a quello delle agenzie di regolazione.

Gli enti in questione, come quelli già analizzati, sono soggetti di diritto comunitario, se pur investiti di un particolare "servizio pubblico", consistente nell'esecuzione di un programma comunitario.

Essi godono, con le implicazioni già analizzate, della più ampia capacità giuridica riconosciuta alle persone giuridiche dalle legislazioni nazionali.

Anche le agenzie esecutive, che neppure possono concludere "accordi di lavoro" con soggetti internazionali, non hanno personalità internazionale.

Agli enti in esame, secondo il loro Statuto, non possono, poi, essere attribuiti compiti «che implicano l'esercizio di un margine di discrezionalità per

¹⁰⁷ V. il regolamento in *Guce* n. L 11 del 16 gennaio 2003, p. 1 ss.

tradurre in atto scelte politiche»¹⁰⁸. È, quindi, precluso a tali soggetti, come alle agenzie di regolazione, l'adozione di atti, con effetti obbligatori verso terzi, di natura discrezionale.

In tema di privilegi ed indennità, di tutela dei dati personali, di responsabilità contrattuale ed *extra*-contrattuale, di controlli da parte della Corte dei Conti e dell'OLAF, la disciplina che si applica alle agenzie esecutive è analoga a quella, già esaminata, propria delle agenzie di regolazione.

Le differenze tra i due tipi di agenzie sono, tuttavia, significative e si connettono soprattutto alla circostanza che la Commissione, anche quando si avvale di tali enti, rimane pur sempre responsabile innanzi al Parlamento europeo ed al Consiglio del corretto utilizzo delle risorse finanziarie stabilite per l'attuazione del programma dal bilancio comunitario o, salve espresse deroghe, dall'atto base.

La Commissione, potendo essere coinvolta dall'operato delle agenzie, deve ovviamente, come sottolinea il preambolo del regolamento (Ce) n. 58/2003, esercitare un effettivo controllo sulle stesse.

Per questo motivo lo Statuto delle agenzie esecutive dispone che la Commissione: stabilisce i criteri, i parametri e le modalità che l'ente deve rispettare nello svolgimento dei suoi compiti; nomina tutti i componenti dei suoi organi; controlla la sua gestione; annulla, sospende o decide, anche d'ufficio, come l'ente debba modificare i suoi atti; assente al suo programma ed all'accettazione di legati, donazioni e sovvenzioni provenienti da fonti non comunitarie.

La Commissione, su ricorso degli interessati, esercita anche il controllo di legalità sugli atti delle agenzie esecutive. Contro le sue decisioni di rigetto dei ricorsi amministrativi è, poi, possibile adire la Corte di giustizia ai sensi dell'art. 230 del Trattato Ce¹⁰⁹.

Le peculiari funzioni delle agenzie esecutive si riflettono anche su di altri aspetti del loro regime giuridico.

La circostanza che l'esistenza delle agenzie sia connessa all'esecuzione di un programma temporalmente circoscritto, implica una particolare composizione del loro personale. L'art. 18 dello Statuto prevede che esso sia costituito da funzionari comunitari in situazioni di comando presso l'ente; da agenti temporanei e da personale a contratto a tempo determinato rinnovabile.

¹⁰⁸ Cfr. le considerazioni di P. CRAIG, *Una nuova cornice per l'amministrazione comunitaria*, cit. *supra*, nota 89, p. 176.

¹⁰⁹ P. CRAIG, *Una nuova cornice per l'amministrazione comunitaria*, loc. cit., p. 179 osserva criticamente che l'agenzia non sembrerebbe avere accesso alla Corte di giustizia nei casi in cui la Commissione accolga il ricorso. Tale circostanza non rappresenta, peraltro, un'anomalia se si considera che le agenzie esecutive non possono contrapporsi alla Commissione, essendo – in sostanza – strumenti del cui operato risponde e dei quali essa si avvale finché lo ritiene e nel modo in cui lo ritiene opportuno. Sotto questo profilo occorre sottolineare che la legittimazione attiva delle agenzie esecutive è più limitata di quella, indicata, propria delle agenzie di regolazione.

La costituzione delle agenzie non comporta, quindi, l'assunzione stabile di nuove unità; essendo dotate di un organico flessibile in funzione della loro esigenza e durata.

Occorre, altresì segnalare che il bilancio delle agenzie esecutive è definito «di funzionamento» in quanto contiene le previsioni necessarie per assicurarne l'attività; da tenere distinte dagli «stanziamenti operativi». Questi ultimi ineriscono al finanziamento dei programmi loro affidati, il cui discarico riguarda esclusivamente la Commissione.

Il bilancio di funzionamento è disciplinato dal regolamento (Ce) n. 1653/2004 del 21 settembre 2004, recante il regolamento finanziario tipo delle agenzie esecutive, adottato dalla Commissione in conformità delle previsioni dell'art. 15 del loro Statuto¹¹⁰.

Al riguardo valgono le stesse indicazioni già fornite a proposito delle agenzie di regolazione che, come quelle in esame, sono alimentate da un contributo comunitario.

Il particolare ruolo della Commissione è, peraltro, sottolineato, anche in questo settore, dall'art. 17 del regolamento finanziario tipo che impone ad essa, oltre che al direttore dell'agenzia esecutiva, l'obbligo di adottare ogni misura utile per dare seguito alle osservazioni che accompagnano la decisione di discarico del Parlamento europeo e ai commenti che accompagnano la raccomandazione di discarico del Consiglio.

La creazione delle agenzie esecutive è avvenuta, conformemente a quanto previsto dal regolamento (Ce) n. 58/2003, in virtù di altrettante decisioni della Commissione. Queste non sono, naturalmente, giustificate in base al principio di sussidiarietà, in quanto attribuiscono a tali organismi poteri di attuazione di esclusiva competenza dell'istituzione comunitaria.

Sono state create l'Agenzia esecutiva per l'energia intelligente, poi trasformata in Agenzia esecutiva per la competitività e l'innovazione¹¹¹, l'Agenzia esecutiva per il programma di sanità pubblica¹¹², l'Agenzia esecutiva per l'istruzione, gli audiovisivi e la cultura¹¹³ e l'Agenzia esecutiva per la rete transeuropea di trasporto¹¹⁴.

¹¹⁰ V. il regolamento in *Gu-Ue* n. L 279 del 22 settembre 2004, p. 6 ss.

¹¹¹ L'agenzia esecutiva per l'energia intelligente è stata istituita con decisione della Commissione del 23 dicembre 2003 (n. 2004/20 /Ce), in *Gu-Ue* n. L 5 del 9 gennaio 2004, p. 85 ss. Successivamente, con decisione della Commissione del 31 maggio 2007 (n. 2007/372/Ce), in *Gu-Ue* n. L 140 del 1° giugno 2007, p. 52 ss., essa è stata trasformata in Agenzia esecutiva per la competitività e l'innovazione.

¹¹² L'agenzia è stata istituita con decisione della Commissione del 15 dicembre 2004 (n. 2004/858 /Ce), in *Gu-Ue* n. L 396 del 16 dicembre 2004, p. 73 ss.

¹¹³ L'agenzia è stata istituita con decisione della Commissione del 14 gennaio 2005 (n. 2005/56/Ce), in *Gu-Ue* n. L 24 del 27 gennaio 2005, p. 35 ss.

¹¹⁴ L'agenzia è stata istituita con decisione della Commissione del 26 ottobre 2006 (n. 2007/60/Ce), in *Gu-Ue* n. L 32 del 6 febbraio 2007, p. 32 ss.

Questi enti, istituiti in conformità dello statuto di cui al regolamento (Ce) n. 58/2003, sono considerati dalla Commissione agenzie esecutive di «nuovo tipo»¹¹⁵.

In precedenza potevano essere incluse in tale categoria l'Agenzia europea di cooperazione¹¹⁶ e l'Agenzia europea per la ricostruzione¹¹⁷ in quanto presentano un peculiare e caratteristico nesso con l'attività esecutiva della Commissione.

La prima ha, infatti, il compito di «coadiuvare» la Commissione, che nomina tutti i componenti dei suoi organi, in una serie di attività svolte nell'ambito della cooperazione allo sviluppo.

La seconda è invece il soggetto cui la Commissione delega l'esecuzione dell'assistenza comunitaria a favore dell'ex Repubblica federale di Jugoslavia.

8. Le ragioni dello sviluppo delle agenzie comunitarie. Possibili inconvenienti

Le agenzie di regolazione ed esecutive alleviano soprattutto il lavoro della Commissione, permettendole di concentrarsi su questioni di primaria rilevanza.

Ad esse sono delegate funzioni di assistenza e consulenza o compiti meramente esecutivi, relativi all'attuazione del diritto comunitario derivato o di programmi comunitari. Alla Commissione sono invece riservate attività che implicano spesso delicate scelte discrezionali. Le agenzie di regolazione, in particolare, devono la loro esistenza ad una sorta di paradosso costituito dalla necessità di non assegnare ulteriori compiti alle istituzioni, senza, al contempo, attribuirle agli Stati membri¹¹⁸. Gli enti comunitari costituiscono perciò un fenomeno ambivalente e cioè di decentramento rispetto alle istituzioni e di accentramento nei confronti degli Stati membri. Per quest'ultimo motivo si è reso necessario, come avvertito, giustificare la creazione alla luce del principio di sussidiarietà. Gli Stati membri, peraltro, sono interessati dall'attività di regolazione mediante raccordi di varia natura con le agenzie comunitarie pre-

¹¹⁵ V. la Comunicazione della Commissione su: «L'esternalizzazione della gestione dei programmi comunitari con presentazione di un regolamento quadro per un nuovo tipo di agenzia esecutiva» del 13 novembre 2000 (Com(2000)788 def.).

¹¹⁶ L'agenzia è stata istituita con regolamento (Cee) n. 3245/81 del Consiglio del 26 ottobre 1981, in *Guce* n. L 328 del 16 novembre 1981, p. 1 ss.

¹¹⁷ L'agenzia è stata istituita con regolamento (Ce) n. 2667/2000 del Consiglio del 5 dicembre 2000, in *Guce* n. L 306 del 7 dicembre 2000, p. 7 ss. Precedentemente operava l'Agenzia europea per la ricostruzione istituita con regolamento (Ce) n. 1628/96, in *Guce* n. L 204 del 14 agosto 1996, p. 1 ss. (modificato con regolamento (Ce) n. 2454/1999, in *Guce* n. L 299 del 20 novembre 1999, p. 1 ss.).

¹¹⁸ R. DEHOUSSE, *Regolazione attraverso reti*, cit. *supra*, nota 1, p. 648.

visti dai loro regolamenti istitutivi¹¹⁹. Sotto questo profilo è stato osservato che tali enti rappresentano il superamento della tradizionale distinzione tra esecuzione diretta ed indiretta del diritto comunitario, a favore di un nuovo tipo di attuazione che implica il contestuale e congiunto coinvolgimento, in uno stesso apparato organizzativo, sia delle istituzioni comunitarie che degli Stati membri¹²⁰.

Le agenzie, inoltre, rispondono al bisogno di far fronte alla sempre maggiore accelerazione del progresso tecnico e scientifico mobilitando, a livello europeo, le competenze più elevate possibili¹²¹.

Tale istanza si è poi congiunta con la spinta, che si muove nella stessa direzione ed è stata determinata da esigenze di maggior trasparenza, diretta a separare sempre più nettamente le autorità che, gestendo il rischio, decidono se e come agire da quelle che lo valutano e lo comunicano.

Un fattore non trascurabile che ha contribuito a far apprezzare l'attività delle agenzie di regolazione è costituito anche dal ruolo che in esse svolgono le cosiddette parti interessate.

L'ente comunitario associa, cioè, nella regolazione – sebbene in maniera ancora embrionale e con poteri meramente consultivi oppure in qualità di osservatori del lavoro dell'agenzia – rappresentanti di associazioni di categoria, di consumatori o di utenti che operano nel settore di competenza. Per questo aspetto gli organismi in esame costituiscono una risposta, indubbiamente ancora parziale ed imperfetta, alla richiesta di partecipazione dei cittadini al processo di attuazione delle politiche comunitarie, prefigurando un nuovo modello di *governance* a livello europeo¹²².

La circostanza che le agenzie soddisfano esigenze reali e sempre più percepite non deve indurre a sottovalutare i rischi che possono determinare.

Si è già osservato che l'assenza di un quadro complessivo di riferimento per le agenzie di regolazione non soddisfa l'essenziale principio di certezza del diritto.

¹¹⁹ V., per l'esame dei vari tipi di rapporti che si determinano nell'ambito delle agenzie comunitarie tra istituzioni e Stati membri e la cui analisi esula dai fini della presente indagine, E. CHITI, *Agenzie europee*, cit. *supra*, nota 1, p. 407 ss.

¹²⁰ S. CASSESE - G. DELLA CANANEA, *L'esecuzione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1991, p. 909; M. P. CHITI, *Le forme di azione dell'amministrazione europea*, in F. BIGNAMI - S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, cit. *supra*, nota 71, p. 64.

¹²¹ Cfr. M. SHAPIRO, *Agenzie indipendenti: Stati Uniti ed Unione europea*, in *Dir. pubbl.*, 1996, p. 667 ss.; F. GILARDI, *Principal - Agent Models Go to Europe: Independent Regulatory Agencies as Ultimate Step of Delegation*, Paper presented of the ECPR General Conference, Canterbury, 2001, spec. p. 17 ss.

¹²² M. BLANQUET, *Agences de l'Union et gouvernance européenne*, in J.-F. COUZINET (coord.), *Les Agences de l'Union européenne*, cit. *supra*, nota 1, p. 43 ss.; F. BIGNAMI, *Tre generazioni di diritti di partecipazione nei procedimenti amministrativi europei*, in F. BIGNAMI - S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, loc. cit., p. 87 ss.; E. CHITI, *I procedimenti in cui intervengono le agenzie europee*, *ivi*, spec. p. 353 ss.

Esiste anche il timore, rivelato dai preamboli dei regolamenti istitutivi, di «confusione» tra le competenze delle varie agenzie o di «duplicazione» dei lavori da esse svolti¹²³.

Talora si avverte anche che l'agenzia deve necessariamente apportare un valore aggiunto all'attività di altri organismi o istituzioni¹²⁴.

Sono tese ad evitare pericoli di sovrapposizioni con l'attività di altri enti le esortazioni ad operare "a stretto contatto" o l'intervento, in qualità di osservatori, dei direttori di alcune agenzie nel Consiglio di amministrazione di una di esse¹²⁵. Più in generale, per rimediare a possibili inconvenienti si prevede che il Consiglio di amministrazione delle agenzie, sulla base di periodiche valutazioni svolte da organismi esterni indipendenti, indirizzi alla Commissione raccomandazioni dirette a sollecitare interventi normativi tali da rendere sempre più efficace la loro azione¹²⁶.

Neppure può essere, infine, trascurata la necessità di soppesare le conseguenze economiche dell'istituzione delle agenzie. Risponde a tale istanza l'accordo interistituzionale sulla disciplina di bilancio e la sana gestione finanziaria del 17 maggio 2006, entrato in vigore il 1° gennaio 2007¹²⁷.

Esso, infatti, stabilisce che la Commissione, già al momento della preparazione della proposta per la creazione di una nuova agenzia, deve considerare le conseguenti implicazioni di bilancio, sulla cui base il Parlamento europeo ed il Consiglio si impegnano a raggiungere un preventivo accordo sul finanziamento dell'ente che si intende costituire.

Renzo Rossolini*

¹²³ V., ad esempio, il punto 14 del preambolo del regolamento (Ce) n. 1922/2006, istitutivo dell'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere; il punto 11 del preambolo del regolamento (Ce) n. 1907/2006, istitutivo dell'Agenzia europea per le sostanze chimiche; il punto 16 del preambolo del regolamento (Ce) n. 168/2007, istitutivo dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali.

¹²⁴ Art. 3, punto 2, del regolamento (Cee) n. 302/93, istitutivo dell'Osservatorio europeo delle droghe e delle tossicodipendenze.

¹²⁵ Il dodicesimo comma dell'art. 10 del regolamento (Ce) n. 1922/2006, istitutivo dell'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere, prevede l'intervento, come osservatori, al Consiglio di amministrazione dell'ente, dei direttori di diverse agenzie al fine di coordinare i rispettivi programmi di lavoro.

¹²⁶ V., ad esempio e da ultimi, l'art. 30 del regolamento (Ce) n. 168/2007, istitutivo dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, nonché l'art. 20 del regolamento (Ce) n. 1922/2006, istitutivo dell'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere.

¹²⁷ V. il punto 47 dell'accordo interistituzionale tra Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione, in *Gu-Ue* n. C 139 del 14 giugno 2006, p. 1 ss.

* Professore associato di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Parma.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

LA DENOMINAZIONE «GRANA» SEPARATA DA «PADANO» NON È GENERICA

Tribunale di primo grado

Sentenza del 12 settembre 2007 in causa n. T-291/03*

Consorzio per la tutela del formaggio Grana Padano, sostenuto da Repubblica italiana, c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI)

Art. 142 del regolamento (Ce) n. 40/94 e artt. 13 e 14 regolamento (Cee) n. 2081/92 in combinato disposto - Registrazione di marchio comunitario - Marchio comunitario nominativo «Grana Biraghi» - Tutela della DOP - Assenza di genericità - Nullità.

In virtù del combinato disposto dell'art. 142 del regolamento (Ce) n. 40/94 e degli artt. 13 e 14 del regolamento (Cee) n. 2081/92, l'UAMI è tenuto ad applicare il regolamento n. 40/94 in modo da non pregiudicare la tutela concessa alle DOP dal regolamento n. 2081/92. Di conseguenza, l'UAMI deve respingere la domanda di registrazione di ogni marchio che si trovi in una delle situazioni descritte all'art. 13 del regolamento n. 2081/92 e, se il marchio è già stato registrato, deve dichiararne la nullità. Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenza Chiciak e Fol, 9 giugno 1998, cause riunite n. C-129/97 e n. C-130/97) si desume che, nel regime di registrazione comunitaria istituito dal regolamento n. 2081/92, le questioni relative alla protezione da accordare ai singoli elementi di una denominazione, e segnatamente quella di stabilire se si tratti di una denominazione generica o di un elemento protetto contro le prassi menzionate all'art. 13 del detto regolamento, formano oggetto di una valutazione operata sulla base di un'analisi dettagliata del

* In argomento v. *infra*, p. 81 ss., il commento di *SERGIO VENTURA*.

contesto fattuale in questione. Una tale analisi presuppone la verifica di un certo numero di fattori, e in particolare della situazione esistente nello Stato membro in cui il nome ha la sua origine e nelle zone di consumo, della situazione esistente in altri Stati membri e delle pertinenti legislazioni nazionali e comunitarie. Tra tali elementi vi è, prima di tutto, la situazione normativa riguardante la protezione della denominazione «Grana Padano» in Italia, nonché la sua evoluzione storica. Il fatto che la legislazione italiana del 1938 (RDL 17 maggio 1938, n. 1177) citi differenti tipi di «grana», tutti prodotti nelle zone della pianura del Po, senza tuttavia citare il Grana Padano, nonché il fatto che la normativa successiva (DPR 30 ottobre 1955, n. 1269) abbia introdotto la denominazione «Grana Padano», abbandonando nel contempo le denominazioni anteriori, indicano che il grana è un formaggio tradizionalmente prodotto in numerose zone della pianura del Po e che, perciò, è stato identificato dal legislatore italiano con il termine «padano», in modo tale da semplificare il quadro normativo e da includere in una sola denominazione le differenti denominazioni anteriori, tutte originarie della valle padana. Ne consegue che l'evoluzione del quadro giuridico italiano indica che la denominazione «grana» non è generica.

(Omissis) **In diritto**

Giudizio del Tribunale

53. L'art. 142 del regolamento n. 40/94 stabilisce che esso lascia impregiudicate le disposizioni del regolamento n. 2081/92, e in particolare il suo art. 14.

54. L'art. 14 del regolamento n. 2081/92 dispone che la domanda di registrazione di un marchio corrispondente ad una delle situazioni di cui all'art. 13 e concernente lo stesso tipo di prodotto viene respinta, purché la domanda di registrazione del marchio sia presentata dopo la data della pubblicazione prevista all'art. 6, n. 2. I marchi registrati in modo contrario a tale disposizione sono annullati.

55. Ne deriva che l'UAMI è tenuto ad applicare il regolamento n. 40/94 in modo da non pregiudicare la tutela concessa alle DOP dal regolamento n. 2081/92.

56. Di conseguenza, l'UAMI deve respingere la domanda di registrazione di ogni marchio che si trovi in una delle situazioni descritte all'art. 13 del regolamento n. 2081/92 e, se il marchio è già stato registrato, deve dichiararne la nullità.

57. Peraltro, da un lato, conformemente all'art. 13, n. 3, del regolamento n. 2081/92, le denominazioni protette non possono diventare generiche, e dall'altro, il fatto che il regolamento n. 1107/96 non contenga un'indicazione sotto forma di una nota a piè di pagina che precisi che la registrazione del termine «grana» non è richiesta non implica necessariamente che ogni singola parte della denominazione «Grana Padano» sia protetta (v., in tal senso, sentenza *Chiciak e Fol*, cit., punto 39).

58. L'art. 13, n. 1, del regolamento n. 2081/92 dispone inoltre che, «[s]e una denominazione registrata contiene la denominazione di un prodotto agricolo o alimentare che è considerata generica, l'uso di questa denominazione generica per il prodotto agricolo o alimentare appropriato non è contrario al primo comma, lett. a. o b.».

Ne consegue che, qualora la DOP sia composta da più elementi, di cui uno costituisce l'indicazione generica di un prodotto agricolo o alimentare, l'uso di tale nome generico in un marchio registrato deve essere considerato conforme all'art. 13, primo comma, lett. *a.* o *b.*, del regolamento n. 2081/92 e la domanda di annullamento fondata sulla DOP deve essere respinta.

59. A tale riguardo si desume dalla citata sentenza *Chiciak e Fol* (punto 38) che, nel regime di registrazione comunitaria istituito dal regolamento n. 2081/92, le questioni relative alla protezione da accordare ai singoli elementi di una denominazione, e segnatamente quella di stabilire se si tratti di una denominazione generica o di un elemento protetto contro le prassi menzionate all'art. 13 del detto regolamento, formano oggetto di una valutazione operata sulla base di un'analisi dettagliata del contesto fattuale in questione.

60. A tale riguardo, occorre constatare, a titolo preliminare, che la commissione di ricorso era competente ad effettuare un tale tipo di analisi e, eventualmente, a negare la protezione della parte generica di una DOP. Infatti, dato che non si tratta di dichiarare la nullità di una DOP in quanto tale, il fatto che l'art. 13, n. 1, secondo comma, del regolamento n. 2081/92 escluda la protezione delle denominazioni generiche contenute in una DOP autorizza la commissione di ricorso a verificare se il termine in causa costituisca effettivamente la denominazione generica di un prodotto agricolo o alimentare.

61. Una tale analisi presuppone la verifica di un certo numero di requisiti, ciò che richiede, in larga parte, conoscenze approfondite tanto di elementi particolari dello Stato membro interessato (v., in tal senso, sentenza della Corte 6 dicembre 2001, causa n. C-269/99, *Carl Kühne e a.*, *Raccolta*, I, p. 9517, punto 53), quanto della situazione esistente negli altri Stati membri (v., in tal senso, sentenza della Corte 16 marzo 1999, cause riunite n. C-289/96, n. C-293/96 e n. C-299/96, *Danimarca e a. c. Commissione*, *Raccolta*, I, p. 1541, punto 96).

62. Alla luce di ciò, la commissione di ricorso era tenuta ad effettuare un'analisi dettagliata dell'insieme dei fattori che possono determinare il detto carattere generico.

63. L'art. 3 del regolamento n. 2081/92, dopo aver stabilito che le denominazioni divenute generiche non possono essere registrate, prevede che, per determinare se una denominazione è divenuta generica o meno, si tiene conto di tutti i fattori, e in particolare della situazione esistente nello Stato membro in cui il nome ha la sua origine e nelle zone di consumo, della situazione esistente in altri Stati membri e delle pertinenti legislazioni nazionali o comunitarie.

64. Gli stessi criteri devono essere applicati ai fini dell'applicazione dell'art. 13, n. 1, secondo comma, del regolamento n. 2081/92. Infatti, come constatato dalla Corte, la definizione che fornisce l'art. 3, n. 1, secondo comma, dello stesso regolamento della nozione di «denominazione divenuta generica» è applicabile anche alle denominazioni che sono sempre state generiche (sentenza *Danimarca e a. c. Commissione*, *cit.*, punto 80).

65. Così, gli indizi di ordine giuridico, economico, tecnico, storico, culturale e sociale che permettono di effettuare la richiesta analisi dettagliata sono, segnatamente, le normative nazionali e comunitarie pertinenti, inclusa la loro evoluzione storica, la percezione che il consumatore medio ha della pretesa denominazione generica, incluso il fatto che la notorietà della denominazione resti inerente al formaggio tradizionale sta-

giionato fabbricato in una zona di produzione in conseguenza del fatto che essa non venga utilizzata comunemente in altre regioni dello Stato membro o dell'Unione europea, la circostanza che un prodotto sia stato legalmente commercializzato con la denominazione di cui trattasi in alcuni Stati membri, il fatto che un prodotto sia stato legalmente fabbricato con la denominazione in questione nel Paese d'origine della denominazione stessa anche senza rispettarne i metodi tradizionali di produzione, la circostanza che operazioni di tal genere si siano protratte nel tempo, la quantità di prodotti recanti la denominazione in questione e fabbricati senza seguire i metodi tradizionali rispetto alla quantità di prodotti fabbricati secondo tali metodi, la quota di mercato detenuta dai prodotti recanti la denominazione in questione e fabbricati senza seguire i metodi tradizionali rispetto alla quota di mercato detenuta dai prodotti fabbricati secondo tali metodi, il fatto che i prodotti fabbricati senza seguire i metodi tradizionali siano presentati in modo da rinviare ai luoghi di produzione dei prodotti fabbricati secondo tali metodi, la protezione della denominazione controversa mediante accordi internazionali e il numero di Stati membri che, eventualmente, fanno valere il preteso carattere generico della denominazione in questione (v., in tal senso, sentenze *Danimarca e a. c. Commissione*, cit., punti 95, 96, 99 e 101; *Bigi*, cit., punto 20, e 25 ottobre 2005, cause riunite n. C-465/02 e n. C-466/02, *Germania e Danimarca c. Commissione*, Raccolta, I, p. 9115, punti 75, 77, 78, 80, 83, 86, 87, 93 e 94).

66. Peraltro, la Corte non ha escluso la possibilità di tenere conto (sentenza *Danimarca e a. c. Commissione*, cit., punti 85-87), nell'esame del carattere generico di una denominazione, di un sondaggio effettuato presso i consumatori, organizzato al fine di comprendere la loro percezione della denominazione in questione, o di un parere del comitato istituito dalla decisione della Commissione 21 dicembre 1992, n. 93/53/Cee, che istituisce un comitato scientifico per le denominazioni d'origine, le indicazioni geografiche e le attestazioni di specificità (*Guce* n. 1993, n. L 13, p. 16), che è stato successivamente sostituito dal gruppo scientifico di esperti per le denominazioni d'origine, le indicazioni geografiche e le specialità tradizionali garantite, istituito dalla decisione della Commissione 20 dicembre 2006, n. 2007/71/Ce (*Gu-Ue* 2007, n. L 32, p. 177). Tale comitato, composto da professionisti altamente qualificati nei settori giuridico e agricolo, ha come funzione di esaminare, segnatamente, il carattere generico delle denominazioni.

67. Infine, è possibile prendere in considerazione altri elementi, segnatamente la definizione di una denominazione come generica nel Codex alimentarius (sul valore indicativo delle norme del Codex alimentarius, v. sentenze della Corte 22 settembre 1988, causa n. 286/86, *Deserbais*, Raccolta, p. 4907, punto 15, e 5 dicembre 2000, causa n. C-448/98, *Guimont*, Raccolta, I, p. 10663, punto 32) e l'inclusione della denominazione nella lista contenuta nell'allegato II della convenzione internazionale relativa all'utilizzo di indicazioni di origine e denominazioni dei formaggi, firmata a Stresa il 1° giugno 1951, in quanto tale inclusione autorizza l'uso della denominazione in ogni Paese firmatario della convenzione, a condizione che le regole di fabbricazione siano rispettate e che il Paese di produzione sia indicato, senza che tale possibilità venga limitata ai produttori della zona geografica corrispondente (v. conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer per la citata sentenza *Germania e Danimarca c. Commissione*, Raccolta, I, p. 9118, par. 168).

68. Orbene, è giocoforza constatare che la commissione di ricorso ha ignorato i criteri espressi dalla giurisprudenza comunitaria in materia di DOP e sanciti dall'art.

3 del regolamento n. 2081/92.

69. Infatti, essa non ha preso in considerazione nessuno degli elementi che, secondo la giurisprudenza ricordata ai precedenti punti 65-67, permettono di effettuare la richiesta analisi del carattere eventualmente generico di una denominazione o di uno degli elementi che la compongono e non ha assolutamente fatto ricorso a sondaggi d'opinione presso i consumatori o al parere di esperti qualificati in materia, né ha richiesto informazioni, tanto agli Stati membri, quanto alla Commissione, la quale avrebbe, a sua volta, potuto investire della questione il sopraccitato comitato scientifico, mentre, come evidenzia a giusto titolo l'UAMI, essa ne avrebbe avuto la possibilità ai sensi dell'art. 74, n. 1, prima frase, e dell'art. 76 del regolamento n. 40/94.

70. Gli elementi di prova posti a fondamento della decisione impugnata consistono semplicemente in estratti di dizionari e ricerche su Internet effettuate d'ufficio dalla commissione di ricorso.

71. Orbene, la frequenza con cui un termine compare su Internet non è, di per se stessa, di natura tale da provare il carattere generico di una denominazione. Inoltre, tutte le definizioni del termine «grana» fornite dai dizionari citati dalla commissione di ricorso rinviano al luogo di produzione del Grana Padano, corrispondente ad una zona della pianura padana. Di conseguenza, e contrariamente a quanto ritenuto dalla commissione di ricorso, tali dizionari dimostrano piuttosto che la denominazione «grana» viene utilizzata nella lingua italiana come una forma abbreviata di Grana Padano e che la denominazione «grana» è connessa nei fatti e nel comune sentire alla provenienza padana di tale prodotto, il che è confermato dai due dizionari tedeschi citati ai punti 50 e 51 della decisione impugnata. Riguardo alla definizione fornita nell'*Enciclopedia Treccani*, essa è priva di rilevanza, in quanto risalente al 1949, vale a dire a una data anteriore tanto al regolamento n. 1107/96, quanto alla legge n. 125/54, recante il primo riconoscimento della denominazione «Grana Padano» in quanto DOP.

72. In più, occorre constatare che, se la commissione di ricorso avesse debitamente preso in considerazione tutti gli elementi di prova forniti dal ricorrente e avesse applicato i criteri formulati dalla giurisprudenza della Corte, essa avrebbe dovuto concludere che la prova del carattere generico della denominazione «grana» non era stata apportata in misura sufficiente.

73. Tra tali elementi vi è, prima di tutto, la situazione normativa riguardante la protezione della denominazione «Grana Padano» in Italia, nonché la sua evoluzione storica.

74. A tale riguardo, occorre rilevare che il primo riconoscimento normativo della denominazione «grana» risale al Regio Decreto Legge 17 maggio 1938, n. 1177, Disposizioni integrative della disciplina della produzione e della vendita dei formaggi (*Guri* n. 179 dell'8 agosto 1938). In tale decreto, che fissa il tenore minimo di materia grassa nei vari formaggi italiani, si menzionano: il grana parmigiano-reggiano, il grana lodigiano, il grana emiliano, il grana lombardo e il grana veneto. Tale decreto testimonia il fatto che il grana era prodotto in diverse zone della valle padana, in prossimità di Parma e di Reggio Emilia, di Lodi, in Emilia, in Lombardia e in Veneto. La denominazione «Grana Padano», al contrario, non vi è menzionata.

75. È giocoforza constatare che tali zone sono tutte incluse nella zona di produzione vuoi del Parmigiano Reggiano (Parma, Reggio Emilia, Modena, Bologna a ovest del Reno e Mantova a est del Po), vuoi del Grana Padano (Piemonte, Lombardia, Emilia Romagna, Veneto e provincia di Trento).

76. A seguito dell'istituzione in Italia del primo regime di denominazioni d'origine con la legge n. 125/54 e con il Decreto del Presidente della Repubblica 30 ottobre 1955, n. 1269, Riconoscimento delle denominazioni circa i metodi di lavorazione, caratteristiche merceologiche e zone di produzione dei formaggi (*Guri* n. 295 del 22 dicembre 1955, p. 4401), che ha riconosciuto la denominazione d'origine «Grana Padano», il formaggio Parmigiano Reggiano ha perso la sua qualificazione come grana in ragione delle sue caratteristiche peculiari, mentre il riconoscimento di cui beneficiavano tutti gli altri formaggi grana è stato sussunto sotto la denominazione «padano».

77. Il fatto che la legislazione italiana del 1938 citi differenti tipi di grana (parmigiano-reggiano, lodigiano, emiliano, lombardo e veneto), tutti prodotti nella zona della pianura del Po, senza tuttavia citare il Grana Padano, nonché il fatto che la normativa successiva abbia introdotto la denominazione «Grana Padano» abbandonando nel contempo le denominazioni anteriori, indicano che il grana è un formaggio tradizionalmente prodotto in numerose zone della pianura del Po e che, perciò, ad un certo momento è stato identificato dal legislatore italiano con il termine «padano», in modo tale da semplificare il quadro normativo e da includere in una sola denominazione le differenti denominazioni anteriori, tutte originarie della valle padana.

78. La qualificazione di «padano» non è quindi stata introdotta per limitare la portata della DOP solo a taluni tipi di grana, ma piuttosto al fine di riunirli tutti sotto la stessa elevata tutela accordata inizialmente dalla normativa italiana e successivamente dal regolamento n. 2081/92. Ne consegue che l'evoluzione del quadro giuridico italiano indica che la denominazione «grana» non è generica.

79. Nessuno degli argomenti proposti dalla Biraghi permette di rimettere in discussione tali considerazioni. In primo luogo, riguardo all'esistenza della denominazione «grana trentino», occorre constatare che il decreto del presidente della Repubblica recante modifica del disciplinare del formaggio Grana Padano, richiamato dalla Biraghi, ha autorizzato l'aggiunta dell'espressione «trentino» (di Trento) sul formaggio Grana Padano prodotto nel territorio della provincia di Trento. Tale possibilità non fa che rinforzare l'idea che è possibile chiamare «grana» un formaggio solamente se esso è prodotto secondo il disciplinare del Grana Padano.

80. In secondo luogo, anche se la circolare dell'associazione Assolatte indica effettivamente l'esistenza di «altri grana», oltre al Grana Padano, è giocoforza constatare che, come risulta dalla tabella allegata alla detta circolare, tali «altri grana» erano esportati verso Paesi diversi dagli Stati membri della Comunità europea, segnatamente negli Stati Uniti d'America, in Giappone, in Russia, in Croazia, in Slovenia, Paese quest'ultimo che non era membro dell'Unione europea alla data cui tali dati si riferiscono, vale a dire nel 1999. Riguardo al formaggio che era destinato all'esportazione verso Paesi in cui la denominazione «grana» non beneficiava di alcuna protezione normativa particolare, tale argomento è ininfluenza, in applicazione del principio di territorialità riconosciuto dalla Corte nell'ambito dei diritti di proprietà intellettuale nella sua citata sentenza *Exportur* (punto 12). Lo stesso vale per i dati elaborati dall'ISTAT, richiamati dalla Biraghi, i quali non sono concludenti dato che non indicano il mercato di destinazione degli «altri grana».

81. In terzo luogo, sostenendo che il termine «grana» non designerebbe una zona geografica in quanto tale, la Biraghi intende in sostanza dimostrare che la denominazione «grana» non potrebbe in alcun caso beneficiare della protezione accordata dal regolamento n. 2081/92, dato che essa non risponde alla definizione della deno-

minazione d'origine fornita all'art. 2 di tale regolamento. Orbene, non è rilevante stabilire se la denominazione «grana» derivi la sua origine dal fatto che il formaggio che essa designa ha una struttura granulosa o, invece, dal fatto che esso originariamente era stato prodotto nella Valle Grana dato che, in forza dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 2081/92, una DOP può essere anche costituita da una denominazione tradizionale non geografica designante un prodotto alimentare originario di una regione o di un luogo determinato che presentino fattori naturali omogenei che li delimitano dalle zone limitrofe (sentenza *Germania e Danimarca c. Commissione*, cit., punti 46-50). A tale riguardo, non è contestato che il formaggio grana è originario della regione della pianura padana. A tale titolo, esso soddisfa quindi i requisiti di cui all'art. 2, n. 3, del regolamento n. 2081/92.

82. In quarto luogo, il rinvio da parte della Biraghi alla citata sentenza *Germania e Danimarca c. Commissione* per sostenere la sua tesi è privo di ogni pertinenza in quanto la Corte non critica la possibilità che una denominazione non geografica possa costituire una DOP, ma contesta solamente l'estensione della zona di produzione della denominazione non geografica «feta». Sulla base di questa stessa considerazione, deve essere respinto anche l'argomento fatto valere dalla Biraghi secondo cui, nella Valle Grana, si produce solo il formaggio Castelmagno. Allo stesso modo deve essere escluso il riferimento effettuato dalla Biraghi alla citata sentenza *Pistre e a.*, in quanto, come risulta dal punto 35 di tale sentenza, questa concerne una denominazione (montagna) che non soddisfa i requisiti per essere considerata come corrispondente ad una denominazione d'origine ai sensi dell'art. 2 del regolamento n. 2081/92, dato che non esiste una relazione diretta tra la qualità o le caratteristiche del prodotto e la sua origine geografica specifica.

83. In quinto luogo, la decisione n. 96/536, che cita il formaggio danese «Dansk Grana» e quello tedesco «Romonte – Typ Grana», è stata adottata nell'ambito dell'applicazione della direttiva del Consiglio 16 giugno 1992, n. 92/46/Cee, che stabilisce le norme sanitarie per la produzione e la commercializzazione di latte crudo, di latte trattato termicamente e di prodotti a base di latte (*Guce* n. L 268, p. 1). Essendo la decisione n. 96/536 diretta solo ad autorizzare eccezioni al rispetto delle disposizioni sanitarie stabilite dalla direttiva n. 92/46, essa non può avere alcuna influenza sulla protezione di un diritto di proprietà intellettuale quale una denominazione d'origine protetta (v., in tal senso, sentenza *Germania e Danimarca c. Commissione*, cit., punto 96). Anche supponendo che tale citazione dimostrasse il carattere generico della denominazione «grana» in Danimarca e in Germania, non sarebbe possibile estendere tale conclusione all'insieme del territorio comunitario o almeno ad una parte sostanziale di esso. Inoltre, la decisione n. 96/536 si riferisce al grana danese e ad un formaggio tedesco che si precisa essere del «tipo» grana, il che fa pensare che, in Danimarca e in Germania, la denominazione «grana» senza qualificazioni avrebbe in ogni caso mantenuto la sua connotazione di «Grana Padano» (v., in tal senso, sentenza *Germania e Danimarca c. Commissione*, cit., punto 92). Infine, la decisione n. 96/536, citata dalla Biraghi, risale al 1996, periodo in cui gli Stati membri potevano ancora avvalersi dell'eccezione prevista all'art. 13, n. 2, del regolamento n. 2081/92, che li autorizzava a mantenere i regimi nazionali, che permettevano l'utilizzazione delle denominazioni registrate ai sensi dell'art. 17 per un periodo limitato al massimo a cinque anni dopo la data della pubblicazione del regolamento.

84. In sesto luogo, la sentenza della Corte di cassazione 28 novembre 1989 è

stata resa nell'ambito di un procedimento penale ed essa menziona esplicitamente che il proscioglimento dell'accusato era la conseguenza dell'assenza, in quel momento, di una sanzione penale applicabile in caso di utilizzazione impropria della denominazione «grana». Inoltre, tale sentenza è stata pronunciata prima dell'entrata in vigore dei regolamenti nn. 2081/92 e 1107/96, vale a dire prima che il livello di protezione delle DOP fosse definito a livello comunitario. Infine, risulta da numerosi verbali di accertamento di frodi dell'Ispettorato centrale repressione frodi del Ministero italiano dell'Agricoltura e delle Foreste, prodotti dal ricorrente e tutti successivi alla sentenza della Corte di cassazione e al regolamento n. 1107/96, che le autorità italiane procedono sistematicamente al sequestro dei formaggi recanti solo l'indicazione «grana» in considerazione del fatto che una tale pratica costituisce una violazione della DOP «Grana Padano» quale protetta dal regolamento n. 1107/96.

85. In ultimo luogo, neanche i dizionari citati dalla Biraghi sono pertinenti. Infatti, contrariamente a quanto pretende la Biraghi, si può notare che, se è vero che il *Dizionario dei formaggi Larousse* definisce i grana come «formaggi italiani aventi (certe) caratteristiche comuni», esso tuttavia indica in seguito che una serie di leggi italiane ne ha definito la denominazione distinguendo i formaggi prodotti in certe province (Parmigiano Reggiano) da quelli prodotti in altre province (Grana Padano), giungendo così a corroborare la tesi contraria a quella del carattere generico della denominazione «grana». Non si può, invece, trarre alcuna conclusione dalla *Guide du fromage Androuët-Stock*, che non cita nemmeno il Grana Padano.

86. Il quadro normativo italiano non era peraltro il solo indizio di cui disponeva la commissione di ricorso al fine di escludere il carattere generico della denominazione «grana». Essa era, infatti, a conoscenza del fatto che nessuno Stato membro aveva sollevato la questione del preteso carattere generico della denominazione «grana» in seno al comitato di regolamentazione consultato dalla Commissione in vista dell'adozione del regolamento n. 1107/96. In più, non le era stata fornita nessuna prova della commercializzazione nella Comunità europea di un formaggio denominato «grana».

87. Infine, riguardo al suo obbligo di informarsi d'ufficio sul diritto nazionale applicabile (v., in tal senso, sentenza del Tribunale 20 aprile 2005, causa n. T-318/03, *Atomic Austria/UAMI – Fábricas Agrupadas de Muñecas de Onil (ATOMIC BLITZ)*, *Raccolta*, II, p. 1319, punto 35), la commissione di ricorso avrebbe anche potuto prendere in considerazione l'esistenza di normative nazionali di recepimento della citata convenzione internazionale sull'uso delle indicazioni di origine e delle denominazioni dei formaggi nonché delle convenzioni internazionali bilaterali di protezione della denominazione «grana».

88. Da tutto quanto precede risulta che la commissione di ricorso non poteva concludere che la registrazione del marchio GRANA BIRAGHI non costituisse un pregiudizio alla DOP «Grana Padano» ai sensi dell'art. 13, n. 1, primo comma, del regolamento n. 2081/92.

89. Occorre dunque concludere che il ricorso è fondato nella misura in cui la commissione di ricorso ha considerato erroneamente che la denominazione «grana» era generica e che l'esistenza della DOP «Grana Padano» non ostava alla registrazione del marchio GRANA BIRAGHI ai sensi dell'art. 14 del regolamento n. 2081/92. Pertanto, si deve annullare la decisione impugnata.

(*Omissis*)

QUANDO UNA DOP COMPOSTA PROTEGGE ANCHE I SINGOLI ELEMENTI CHE LA COMPONGONO: IL CASO DEL NOME «GRANA»

Sommario: 1. *L'oggetto della controversia* - 2. *Il contesto normativo* - 3. *La giurisprudenza della Corte di giustizia e la sentenza del Tribunale* - 4. *Osservazioni conclusive.*

1. L'oggetto della controversia

La sentenza qui annotata si riferisce ad una controversia iniziata nel 1999 in seguito alla registrazione come marchio comunitario, da parte dell'*Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli)* (UAMI), del marchio nominativo «Grana Biraghi». La domanda di registrazione, presentata il 2 febbraio 1998, era stata accolta dall'UAMI e il marchio, registrato il 2 giugno 1999, era stato pubblicato sul *Bollettino dei marchi comunitari* del 26 luglio 1999. Il 22 ottobre dello stesso anno il Consorzio per la tutela del formaggio Grana Padano proponeva, dinanzi all'UAMI, una domanda di dichiarazione di nullità del marchio suddetto. Con decisione del 28 novembre 2001 della seconda divisione di annullamento dell'UAMI, la domanda del Consorzio veniva accolta. Contro tale decisione veniva presentato, il 24 gennaio 2002, un ricorso basato sul «carattere generico e descrittivo» del termine «Grana». La prima commissione di ricorso dell'UAMI accoglieva il ricorso con decisione 16 giugno 2003 (procedimento R 153/2002-1), dichiarando che il termine «Grana» era generico e descrittivo di una qualità essenziale dei prodotti in questione¹. Con ricorso depositato nella cancelleria del Tribunale il 21 agosto 2003, il Consorzio impugnava la decisione del 16 giugno 2003, chiedendone l'annullamento ed invocando a sostegno del suo ricorso la prote-

¹ I prodotti per cui era stata richiesta la registrazione erano quelli rientranti nella classe 29 ai sensi dell'accordo di Nizza 15 giugno 1957 relativo alla classificazione internazionale dei prodotti e dei servizi per la registrazione dei marchi. Questi prodotti corrispondono alla seguente descrizione: «formaggio, in particolare formaggio di latte di vacca, formaggio stagionato, formaggio a pasta dura, formaggio in grandi forme, formaggio a pezzi con o senza crosta, formaggio confezionato in varie pezzature, formaggio grattugiato e confezionato».

zione accordata al termine «Grana» con il riconoscimento della denominazione d'origine protetta (DOP) «Grana Padano». La controversia verteva quindi, essenzialmente, sul carattere generico o meno del termine «Grana».

Nel processo è intervenuta, a sostegno del ricorrente Consorzio, la Repubblica italiana. È intervenuta anche la società Biraghi Spa, controinteressata nel procedimento dinanzi alla commissione di ricorso dell'UAMI.

Si noterà che all'udienza l'UAMI ha aderito alle conclusioni del ricorrente e ha chiesto anch'esso l'annullamento della decisione impugnata.

2. Il contesto normativo

È opportuno premettere che l'art. 3, par. 3, del regolamento (Cee) n. 2081/92, nella versione applicabile alla controversia in esame², prevedeva che il Consiglio avrebbe dovuto stabilire, su proposta della Commissione, anteriormente all'entrata in vigore del regolamento citato, un elenco «non esauriente», indicativo delle denominazioni considerate come «generiche» e che, pertanto, non potevano essere registrate come DOP o IGP (indicazione geografica protetta). Sennonché, da un lato, la Commissione non ha potuto presentare la proposta prima della data prevista (26 luglio 1993) ma soltanto il 6 marzo 1996³ e, dall'altro, il Consiglio non è stato in grado di adottare la relativa decisione.

Siffatta decisione, comunque, non essendo esauriente, non avrebbe potuto escludere il carattere generico di denominazioni non «elencate». A tal fine si deve ricorrere all'interpretazione dell'art. 3, par. 1, del regolamento n. 2081/92, che definisce la nozione di «denominazione divenuta generica» e, nel caso di conflitto tra un marchio e una denominazione d'origine, come nella fattispecie in esame, all'interpretazione degli artt. 13 e 14 del citato regolamento, nonché dell'art. 142 del regolamento (Ce) del Consiglio del 20 dicembre 1993, n. 40/94, sul marchio comunitario⁴.

L'art. 3, par. 1, del regolamento n. 2081/92 precisa che le «denominazioni divenute generiche non possono essere registrate» e definisce la *denominazione generica* come «il nome di un prodotto agricolo o alimentare che, pur collegato col nome del luogo o della regione in cui il prodotto agricolo o alimentare è stato inizialmente ottenuto o commercializzato, è divenuto, nel lin-

² *Guce* n. L 208 del 24 luglio 1992, p. 1. Il regolamento n. 2081/92, modificato da ultimo dal regolamento (Ce) n. 806/2003 (*Guce* n. L 122 del 16 maggio 2003, p. 1), è stato abrogato e sostituito dal regolamento (Ce) n. 510/2006 del 20 marzo 2006 (*Guce* n. L 93 del 31 marzo 2006, p. 12).

³ Doc. Com(96)38 def., contenente una proposta di decisione del Consiglio, che stabiliva il seguente elenco «indicativo e non esauriente» di denominazioni divenute generiche: *Brie*, *Camembert*, *Cheddar*, *Edam*, *Emmentaler* e *Gouda*.

⁴ *Guce* n. L 11 del 14 gennaio 1994, p. 1.

guaggio corrente, il nome comune di un prodotto agricolo o alimentare». Nello stesso paragrafo (secondo comma) si legge che, per determinare se una denominazione sia divenuta generica o meno, «si tiene conto di tutti i fattori, in particolare:

- della situazione esistente nello Stato membro in cui il nome ha la sua origine e nelle zone di consumo,
- della situazione esistente in altri Stati membri,
- delle pertinenti legislazioni nazionali o comunitarie».

In virtù dell'art. 13 del regolamento n. 2081/92 (ora art. 13 del regolamento (Ce) n. 510/2006), la registrazione conferisce ai produttori il *diritto esclusivo* di utilizzare la denominazione registrata dei loro prodotti. Si tratta di un diritto di proprietà industriale. Beneficiano di questo diritto non soltanto i produttori membri dell'associazione che ha inoltrato la domanda di registrazione, bensì tutti i produttori della zona geografica interessata, che ottemperino alle condizioni di produzione fissate nel disciplinare⁵. Questi produttori possono vietare l'uso della denominazione registrata a chiunque operi al di fuori della zona geografica o non rispetti le regole del disciplinare. L'esclusività del diritto fornisce così ai produttori un mezzo per distinguersi dai concorrenti sul mercato e contemporaneamente per informare in modo efficace i consumatori. Appare quindi evidente qual è la *portata della protezione*: la caratteristica fondamentale del diritto esclusivo risiede nella possibilità, per i produttori interessati, di escludere altri produttori dall'utilizzazione della denominazione. L'art. 13 del regolamento definisce esattamente il termine «utilizzazione» e i divieti che i titolari del diritto possono far valere nei confronti dei non titolari. A questo proposito, l'articolo vieta specificatamente ogni pratica che, in qualunque modo, si riferisca ad una denominazione d'origine protetta, allo scopo di trarre vantaggio, senza averne titolo, dalla reputazione della stessa. È vietato in particolare, «qualsiasi impiego commerciale diretto o indiretto di una denominazione registrata per prodotti che non sono oggetto di registrazione, nella misura in cui questi ultimi siano comparabili ai prodotti registrati con questa denominazione o nella misura in cui l'uso di tale denominazione consenta di sfruttare indebitamente la reputazione della denominazione protetta». È prevista, tuttavia, una deroga a questo divieto. Infatti, l'art. 13, par. 1, secondo comma, dispone che «se una denominazione registrata contiene la denominazione di un prodotto agricolo o alimentare che è considerata generica, l'uso di questa denominazione generica per il prodotto agricolo o alimentare appropriato non è contrario al primo comma (...)».

⁵ Alla domanda di registrazione deve essere allegato, tra l'altro, un «disciplinare» di produzione. L'elenco completo degli elementi che devono essere contenuti nel disciplinare è indicato all'art. 4, par. 2, lett. da *a.* ad *i.* del regolamento n. 2081/92 (ora art. 4, par. 2 del regolamento (Ce) n. 510/2006). Una volta registrato, il disciplinare è *obbligatorio*.

Cosa avviene quando un marchio entra in conflitto con una denominazione d'origine? L'art. 14 del regolamento n. 2081/92, nella versione applicabile alla fattispecie in esame, dispone al par. 1 che qualora una denominazione d'origine «sia registrata conformemente al presente regolamento, la domanda di registrazione di un marchio corrispondente ad una delle situazioni di cui all'art. 13 e concernente lo stesso tipo di prodotto viene respinta, purché la domanda di registrazione del marchio sia presentata dopo la data della pubblicazione prevista all'art. 6, par. 2»⁶. Nello stesso paragrafo, il secondo comma dispone quanto segue: «I marchi registrati in modo contrario al primo comma sono annullati».

Infine, l'art. 142 del regolamento n. 40/94 precisa che il «presente regolamento lascia impregiudicate le disposizioni del regolamento (Cee) n. 2081/92 (...), in particolare l'art. 14»⁷.

3. La giurisprudenza della Corte di giustizia e la sentenza del Tribunale

Il problema del carattere generico o meno dei singoli elementi di una denominazione d'origine è stato già affrontato più volte dalla giurisprudenza comunitaria. In particolare, nella sentenza del 25 giugno 2002 in causa n. C-66/00, *Bigi*⁸, la Corte di giustizia, esaminando la questione della genericità o meno della denominazione «*Parmesan*» in quanto parte della DOP «*Parmigiano Reggiano*», ha concluso che «è tutt'altro che evidente» che la denominazione suddetta «sia divenuta generica».

Degna di rilievo per la controversia in esame (ed infatti è stata citata sia nel corso del procedimento che nella sentenza del Tribunale) è poi anche la sentenza della Corte del 9 giugno 1998 in cause riunite n. C-129/97 e n. C-

⁶ Nella versione applicabile alla controversia in esame, il testo dell'art. 6, par. 2, del regolamento n. 2081/92, è il seguente: «Qualora la Commissione, tenuto conto delle disposizioni del par. 1, sia giunta alla conclusione che la denominazione ha i requisiti necessari per ottenere la protezione, essa pubblica nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* il nome e l'indirizzo del richiedente, la denominazione del prodotto, gli estremi della domanda, i riferimenti alle disposizioni nazionali che disciplinano l'elaborazione, la produzione o la fabbricazione del prodotto e, se del caso, le motivazioni alla base delle sue conclusioni».

⁷ Ci si deve riferire al testo del regolamento n. 40/94 applicabile alla controversia in esame. Degno di nota, tuttavia, è il fatto che nel 2004 è stato adottato il regolamento (Ce) n. 422/2004 (*Gu-UE* n. L 70 del 9 marzo 2004), che modifica il regolamento n. 40/94 per migliorare alcuni aspetti della procedura di registrazione del marchio comunitario. Di particolare interesse per il tema di questo commento è l'art. 1, par. 2, che annovera l'esistenza di una DOP o di una IGP tra gli impedimenti assoluti alla registrazione di un marchio. In virtù di questa norma, a partire dalla data della presentazione alla Commissione europea di una domanda di registrazione di una denominazione d'origine, sono esclusi dalla possibilità di registrazione come marchi comunitari i marchi che contengono o consistono nella denominazione d'origine oggetto della domanda.

⁸ In *Raccolta*, 2002, I, p. 5917. V. il testo della sentenza anche in questa *Rivista*, 2002, p. 497 con il mio commento a p. 501 ss.

130/97, *Chiciak e FoP*. In questa sentenza, a proposito di una denominazione d'origine "composta" (*Epoisses de Bourgogne*), la Corte ha ritenuto che l'inesistenza di un'indicazione che precisi che la registrazione non è richiesta per una parte della denominazione protetta¹⁰, non implica necessariamente che ogni sua singola parte sia protetta. La Corte, tuttavia, non ha preso posizione sul carattere generico o meno del nome «*Epoisses*», affermando che le questioni relative alla protezione da accordare ai singoli elementi di una denominazione d'origine ed in particolare quelle relative all'eventualità che si tratti di un nome generico o di un elemento tutelato contro le prassi di cui all'art. 13 del regolamento n. 2081/92, «rientrano nella competenza del giudice nazionale», che dovrà risolverle in base ad un'*analisi approfondita del contesto fattuale* in questione.

Con espresso riferimento, oltre che alla predetta sentenza, ad altre due sentenze della Corte di giustizia¹¹, il Tribunale, nella sentenza oggetto di questo commento, precisa che tale analisi approfondita «presuppone la verifica di un certo numero di requisiti» e che ciò richiede «conoscenze approfondite tanto di elementi particolari dello Stato membro interessato (...) quanto della situazione esistente negli altri Stati membri».

Ma il Tribunale non si limita a quest'affermazione di principio. Esso definisce, in primo luogo, quali sono «gli indizi di ordine giuridico, economico, tecnico, storico, culturale e sociale che permettono di effettuare la richiesta analisi dettagliata» (punti 65, 66 e 67 della sentenza).

Inoltre, il Tribunale, per annullare la decisione impugnata, non si limita a constatare che «la commissione di ricorso ha ignorato i criteri espressi dalla giurisprudenza comunitaria in materia di DOP e sanciti dall'art. 3 del regolamento n. 2081/92» (punto 68 della sentenza). Infatti, il Tribunale non esita ad effettuare direttamente la richiesta analisi approfondita del contesto fattuale e normativo, sulla base degli elementi forniti dalle parti in causa.

Esso esamina, innanzitutto, l'evoluzione storica della normativa italiana relativa alla protezione della denominazione «Grana Padano» (punti 73 a 78). Su questa base nonché sulla base della giurisprudenza e della normativa co-

⁹ In *Raccolta*, 1998, I, p. 3315.

¹⁰ Quest'indicazione potrebbe prendere la forma di una nota a piè di pagina dell'allegato del regolamento (Ce) n. 1107/96 della Commissione del 12 giugno 1996 relativo alla registrazione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine (*Guce* n. L 148 del 21 giugno 1996, p. 1). Esempi, in tal senso, sono le denominazioni «Camembert» e «Brie» con riguardo alle DOP «Camembert de Normandie», «Brie des Meaux» e «Brie de Melun» in Francia e, in Italia, i nomi «Canestrato», «Pecorino», «Provolone», «Casciotta», «Formai de Mutt», «Mozzarella», «Caciocavallo» e «Toma», con riguardo alle DOP di cui quei nomi sono solo uno degli elementi.

¹¹ Sentenza del 16 marzo 1999 in cause riunite n. C-289/96, n. C-293/96 e n. C-299/96, *Danimarca, Germania e Francia c. Commissione*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1541 e sentenza del 6 dicembre 2001 in causa n. C-269/99, *Carl Kühne*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 9517. Cf. pure, con riguardo alla sentenza del 16 marzo 1999, il mio commento alla sentenza del 25 ottobre 2005 in cause riunite n. C-465/02 e n. C-466/02, *La tormentata vicenda della denominazione «Feta»*, in questa *Rivista*, 2006, p. 497 ss., in particolare p. 500-501.

munitarie, il Tribunale confuta poi, punto per punto, gli argomenti avanzati dalla società controinteressata per sostenere il carattere generico della denominazione «Grana» (punti 79 a 85).

Per quanto riguarda il contesto fattuale della controversia, il Tribunale osserva che, da un lato, «nessuno Stato membro aveva sollevato la questione del preteso carattere generico della denominazione» in questione e che, dall'altro, non era stata fornita alcuna prova della commercializzazione nella Comunità di un formaggio denominato «Grana» (punto 86).

Infine, il Tribunale rimprovera alla commissione di ricorso il fatto di non aver preso in considerazione l'esistenza di normative nazionali di recepimento della convenzione di Stresa¹² e delle convenzioni bilaterali di protezione della denominazione «Grana» (punto 87).

L'interesse di questa sentenza è duplice e supera l'ambito della fattispecie. In primo luogo, infatti, essa contribuisce ad arricchire la giurisprudenza comunitaria relativa all'interpretazione degli artt. 3, 13 e 14 del regolamento n. 2081/92¹³. Ma soprattutto, in secondo luogo, si deve rilevare che essa non esita a risolvere direttamente la questione del carattere generico o meno di un elemento di una DOP composta, sulla base di un'analisi approfondita del contesto fattuale e normativo secondo la ricostruzione fattane dagli interessati. Sotto questo profilo, la sentenza in esame costituisce un netto progresso rispetto alla giurisprudenza comunitaria meno recente, che ha ritenuto siffatta questione di competenza dei giudici nazionali¹⁴.

4. Considerazioni conclusive

La sentenza qui annotata ha suscitato non pochi commenti e talune critiche, anche molto acerbe, da parte di specialisti¹⁵.

In sostanza, i critici della sentenza sostengono che esiste una tipologia generale (e generica) di formaggi qualificabili come «grana». Sarebbero tali non soltanto il Grana Padano, ma anche il Parmigiano Reggiano e «altri Gra-

¹² Convenzione internazionale sull'uso dei nominativi di origine e delle denominazioni dei formaggi, firmata a Stresa il 1° giugno 1951, recepita in Italia con il dpr n. 1099 del 18 novembre 1953, in *Guri* n. 47 del 26 febbraio 1954.

¹³ Cfr. gli artt. 3, 13 e 14 del citato regolamento (Ce) n. 510/2006.

¹⁴ Sulla sentenza in esame si veda pure la nota di L. GONZÁLEZ VAQUE, *Protección de la denominación de origen «grana padano»*, in *Revista de Derecho Alimentario*, Novembre 2007, p. 31 ss.

¹⁵ Mi riferisco, in particolare, al commento di C. CORRERA e C. C. CORRERA *Grana Biraghi: il Tribunale della Comunità Europea dà ragione al Consorzio del Grana Padano*, in *Il latte*, dicembre 2007 e all'articolo di fondo di A. NERI, *Dopo il marchio «Grana Biraghi» sparirà anche il «Granbiraghi»?*, in *Alimenta*, novembre-dicembre 2007.

Sullo stesso argomento e nella stessa rivista dovranno essere pubblicati due articoli a firma, rispettivamente, di Vito Rubino e di Germano Mucchetti.

na», conformemente ad una circolare dell'*Assolatte* peraltro citata nella sentenza in esame (punto 80) e considerata dal Tribunale come «ininfluente». Il Tribunale arriva a questa conclusione in base al fatto che la circolare in questione si riferiva a formaggi esportati in Paesi terzi, «diversi dagli Stati membri della Comunità europea», nei quali la denominazione «grana» non beneficiava di alcuna protezione normativa particolare, in applicazione del «principio di territorialità» riconosciuto nell'ambito dei diritti di proprietà intellettuale.

Mi dispiace constatare che gli esperti citati passano sotto silenzio questa motivazione. Come pure sembrano ignorare la circostanziata motivazione con cui il Tribunale respinge (punto 83 della sentenza) l'argomento, avanzato dalla Biraghi Spa, che si richiama al formaggio danese «Dansk Grana» ed a quello tedesco «Romonte-Typ Grana», ambedue citati nella decisione n. 96/536 adottata in applicazione della direttiva n. 92/46 che stabiliva norme «sanitarie». Questa tecnica, che chiamerei dell'*ignorantia elenchi*, è anche utilizzata da uno degli Autori citati¹⁶ quando richiama la sentenza della Corte di cassazione del 28 novembre 1989 n. 2562, invocata dalla Biraghi Spa e considerata come non pertinente dal Tribunale in virtù di una motivazione (punto 84) che non si limita, come fa credere l'Autore della critica, alla «risibile spiegazione che detta sentenza era stata emessa in data anteriore» al regolamento n. 1107 del 1996.

Portati dalla loro foga polemica, gli Autori delle critiche hanno dimenticato di esaminare l'art. 3, par. 1, del regolamento n. 2081/92 (e del regolamento n. 510/2006), che definisce la «denominazione divenuta generica» ai sensi della normativa comunitaria ed enumera, sia pure in maniera non esaustiva, i fattori di cui si deve tener conto «per determinare se una denominazione sia divenuta generica o meno». Il Tribunale l'ha fatto e soltanto in base a questo esame si potrebbe criticare la sua sentenza. Ma ho qualche dubbio che si possa affermare con certezza che il termine «grana» sia «divenuto il nome comune di un prodotto agricolo o alimentare nella Comunità». Semmai si è verificato un fenomeno opposto. Anche se *illo tempore* il termine «grana» ha designato nel linguaggio corrente un certo tipo di formaggi a pasta dura e granulosa, oggi il consumatore suole distinguere, da un lato, il Grana Padano e, dall'altro, il Parmigiano Reggiano. Due formaggi che sono prodotti secondo due precisi «disciplinari», consacrati nelle normative italiana e comunitaria¹⁷.

¹⁶ Cfr. A. NERI, *Dopo il marchio «Grana Biraghi», cit. supra*, nota 15.

¹⁷ Mi pare priva di senso l'affermazione di A. NERI, secondo la quale il riconoscimento della DOP «Grana Padano» comporterebbe per il Parmigiano Reggiano la perdita della qualificazione di «grana». Infatti, occorre distinguere l'etichettatura, la presentazione e la pubblicità e, in particolare, la «denominazione di vendita» di un prodotto, dalla «qualificazione» usata per altri scopi.

Completamente fuorviante è poi la tesi di chi (P. MAGNO, *Genericità assoluta, genericità relativa e tutela della DOP*, in *Riv. dir. agr.*, 2007, parte II, p. 180 ss.), sulla base di un'interpretazione molto personale dell'art. 3, par. 1, secondo comma, del regolamento n. 2081/92, pretende di poter «parlare di genericità (...) in senso relativo, in rapporto ad un certo territorio». «Relativamente generico» sarebbe un termine che indica «un prodotto particolare di una certa zona» (senza un limite

In realtà la vicenda, che si è conclusa con la sentenza in esame, non è che un episodio di un lungo conflitto che oppone da anni il Consorzio per la tutela del Grana Padano alla società Biraghi. A sua volta, questo conflitto è un caso tipico di una serie di dispute, che hanno visto e vedono come protagonisti operatori italiani. Queste lotte fratricide causano seri danni al buon nome dei nostri prodotti.

Dubito che gli autorevoli esperti, che criticano la sentenza in esame, si siano chiesti quali sarebbero le conseguenze di una sentenza che avesse dichiarato generico il nome «grana». Una sentenza siffatta avrebbe legalizzato l'ennesima pirateria ai danni di una DOP italiana, giustificando in tutti gli Stati membri dell'Unione europea l'uso di denominazioni come quelle di «Dansk Grana», «Holland Grana» o «Romonte-Typ Grana».

A conclusione di questa nota formulo l'auspicio che la protezione del nome «grana» possa costituire un valido precedente per la tutela di altri termini italiani che fanno parte integrante di DOP o di IGP. Mi riferisco, in particolare, alla locuzione «aceto balsamico», che esprime un concetto ben preciso ma che, purtroppo, in lingua italiana o in traduzione viene usata abusivamente per etichettare i più svariati prodotti d'imitazione.

Ricordo, infine, che sul tema della presunta genericità di nomi protetti in quanto DOP o IGP la giurisprudenza comunitaria, tra le sentenze della Corte di giustizia, annovera soprattutto quella del 25 ottobre 2005 in cause riunite n. C-465/02 e n. C-466/02, che ha stabilito che la denominazione «Feta» non è generica¹⁸.

Sergio Ventura*

né della minima né della massima estensione territoriale), «tradizionale di essa anche con modalità diverse o varianti della ricetta a seconda delle zone» (*sic*!). L'Autore di questa tesi effettua una lettura parziale e distorta del testo regolamentare, affermando che esso «identifica la genericità con il nome comune di un prodotto, che può continuare ad evocare il luogo di origine e continuare ad essere considerato proprio di tale luogo». Ma il testo in questione, letto nella sua totalità, dice tutt'altra cosa e segnatamente che la «denominazione divenuta generica», indipendentemente dal fatto che essa sia collegata o meno «col nome del luogo o della regione in cui il prodotto (...) è stato inizialmente prodotto o commercializzato», è divenuta il «nome comune di un prodotto agricolo o alimentare» (il regolamento n. 510/2006 ha aggiunto «nella Comunità»). Quando poi si afferma (*op. cit.*, p. 184) che un «prodotto relativamente generico fa parte del patrimonio culturale e gastronomico di una regione e della popolazione che la abita» e che la denominazione «grana padano» appare «relativamente generica», è evidente che si confondono nozioni completamente diverse («prodotto» e «denominazione», DOP e denominazione «relativamente generica»). Né appare pertinente il richiamo alle nozioni di «tipico» e di «tradizionale», che l'Autore effettua più volte aggravando ancora la confusione e i malintesi provocati dal suo scritto.

¹⁸ In *Raccolta*, 2005, I, p. 9115 ss. V. il mio commento *cit. supra*, nota 11.

* Già Direttore alla Commissione europea.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LE ATTIVITÀ DI RECUPERO CREDITI IN VIA STRAGIUDIZIALE NON POSSONO ESSERE RISERVATE AD AGENZIE INDIVIDUATE SECONDO CRITERI CHE VIOLANO GLI ARTT. 43 E 49 DEL TRATTATO CE

Corte di giustizia

Sentenza del 18 luglio 2007 in causa n. C-134/05

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

**Art. 226 CE - Inadempimento di uno Stato membro - Artt. 43 e 49 CE -
Libera prestazione dei servizi - Diritto di stabilimento - Recupero crediti
in via stragiudiziale - Liberalizzazione - Parziale inadempimento.**

Avendo previsto, nell'ambito del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, adottato con r. d. del 18 giugno 1931, n. 773, l'obbligo, per ogni agenzia che esercita attività di recupero crediti in via stragiudiziale, di:

- chiedere, benché l'agenzia disponga di un'autorizzazione rilasciata dal questore di una provincia, una nuova autorizzazione in ognuna delle altre province ove essa intenda svolgere le sue attività, salvo conferire mandato ad un rappresentante autorizzato in tale altra provincia, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dagli artt. 43 CE e 49 CE;

- disporre di locali nel territorio oggetto dell'autorizzazione ed affiggervi le prestazioni che possono essere effettuate per i clienti, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dall'art. 49 CE;

- disporre di un locale in ogni provincia in cui essa intenda svolgere la sua attività, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dall'art. 43 CE¹.

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

¹ La Commissione delle Comunità europee ha proposto alla Corte di giustizia un ricorso ex art. 226 del Trattato per far dichiarare che l'Italia, a causa dei requisiti cui subordina

l'attività di recupero stragiudiziale dei crediti, anche quando tale attività sia svolta da imprese aventi sede in altri Stati membri, viola gli artt. 43 CE e 49 CE relativi alla libera prestazione di servizi e alla libertà di stabilimento.

Il Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, adottato mediante r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (in *Guri* n. 146 del 23 giugno 1931) prevede il requisito della licenza del questore per l'apertura di agenzie di prestiti su pegno o altre agenzie di affari, anche sotto forma di agenzie di vendita, di esposizioni, mostre o fiere campionarie e simili. Le autorizzazioni di polizia sono personali e non possono in alcun modo essere trasmesse, né dar luogo a rapporti di rappresentanza. L'art. 11 del Testo unico prevede le ipotesi in cui le autorizzazioni di polizia possono essere negate e dispone che le autorizzazioni devono essere revocate quando nella persona autorizzata vengono a mancare, in tutto o in parte, le condizioni alle quali sono subordinate, e possono essere revocate quando sopraggiungono o vengono a risultare circostanze che avrebbero imposto o consentito il diniego dell'autorizzazione. Inoltre, gli esercenti le pubbliche agenzie devono disporre di un locale nel territorio oggetto dell'autorizzazione e hanno l'obbligo di tenere affissa nei locali dell'agenzia stessa la tabella delle operazioni, nonché le relative tariffe.

La circolare del Ministero degli Interni del 2 luglio 1996 ha completato e interpretato le disposizioni del Testo unico prevedendo che debbano ritenersi non consentite alle suddette agenzie di recupero crediti le operazioni finanziarie disciplinate dal Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia riservate esclusivamente agli intermediari finanziari iscritti in un apposito albo tenuto dal Ministero del Tesoro. La Commissione, ritenendo che tale previsione fosse incompatibile con gli artt. 43 CE e 49 CE, ha avviato il ricorso per inadempimento. Sulle otto censure presentate dalla Commissione (condizione relativa al rilascio di un'autorizzazione da parte del questore; limitazione territoriale dell'autorizzazione; obbligo di disporre di locali nel territorio oggetto dell'autorizzazione; obbligo di conferimento di un mandato ad un rappresentante autorizzato per l'esercizio dell'attività di recupero crediti in via stragiudiziale in una provincia per la quale l'operatore non dispone di autorizzazione; obbligo di affissione, nei locali, delle prestazioni che possono essere effettuate per i clienti; facoltà, spettante al questore, d'imporre prescrizioni aggiuntive dirette a garantire il rispetto della sicurezza pubblica nell'interesse generale; limitazione della libertà di fissare le tariffe; e, infine, divieto di esercitare allo stesso tempo le attività oggetto della legge sulle attività bancarie e creditizie) la Corte di giustizia si è pronunciata soltanto con riferimento ad alcune. Sulle censure relative all'incompatibilità con l'art. 49 CE degli obblighi di disporre di locali nel territorio oggetto dell'autorizzazione e di affiggervi le prestazioni che possono essere effettuate per i clienti, la Corte ha precisato innanzitutto che, secondo una propria costante giurisprudenza, contrasta con la libera prestazione di servizi la condizione secondo la quale il prestatore di servizi deve avere la sede di attività nello Stato membro ove il servizio è fornito. Inoltre, la Corte ha precisato che le prestazioni effettuate dalle agenzie possono essere portate a conoscenza dei clienti con modalità meno gravose di quelle previste dalla legge, quale per esempio, la pubblicazione in un quotidiano locale (cfr. sentenza del 14 dicembre 2006 in causa n. C-257/05, *Commissione c. Austria*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 134; del 29 maggio 2001 in causa n. C-263/99, *Commissione c. Italia* in *Raccolta*, 2001, I, p. 4195, punto 20, e del 29 aprile 2004 in causa n. C-171/02, *Commissione c. Portogallo*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 5645 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 544).

Sulle censure relative all'incompatibilità con gli artt. 43 CE e 49 CE della limitazione territoriale dell'autorizzazione ad esercitare l'attività di recupero crediti in via stragiudiziale e dell'obbligo di conferire un mandato ad un rappresentante autorizzato per l'esercizio di tale attività in una provincia per la quale l'operatore non dispone di autorizzazione, nonché sulla censura relativa all'obbligo di disporre di un locale in ogni provincia, la Corte di giustizia ha osservato che contrasta con la normativa comunitaria l'obbligo a carico di un'agenzia di recupero crediti, che dispone peraltro di un'autorizzazione per l'esercizio di tale attività, di chiederne una nuova in ognuna delle province ove intende esercitare l'attività. Sussiste tale contrasto anche per quanto riguarda l'obbligo di disporre di un locale in ogni provincia in cui esse intendano svolgere l'attività (cfr. sentenze del 13 maggio 2003 in causa n. C-463/00, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4581; del 14 dicembre 1995 in cause riunite n. C-163/94, n. C-165/94 e n. C-250/94, *Sanz de Lera e a.*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4821; del 20 febbraio 2001 in causa n. C-205/99, *Analir e a.*, in *Raccolta*, 2001, I, p.

1271 e del 16 maggio 2006 in causa n. C-372/04, *Watts*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 4325 e massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 522).

È ILLEGITTIMO IL DIRITTO ALLA DEDUZIONE SE LIMITATO ALLE RETTE SCOLASTICHE VERSATE A ISTITUTI PRIVATI NAZIONALI

I

Corte di giustizia

Sentenza dell'11 settembre 2007 in causa n. C-76/05

Herbert Schwarz, Marga Gootjes-Schwarz c. Finanzamt Bergisch Gladbach

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 18 CE - Cittadinanza europea - Art. 49 CE - Libera prestazione dei servizi - Legislazione in materia d'imposta sul reddito - Rette scolastiche - Diritto alla deduzione limitato alle rette scolastiche versate a istituti privati nazionali - Rapporto con la politica dell'istruzione degli Stati membri - Contrasto - Sussistenza.

Nel caso in cui i contribuenti di uno Stato membro mandino a scuola i loro figli in una scuola situata in un altro Stato membro, finanziata essenzialmente mediante fondi privati, l'art. 49 CE deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro che contempla la possibilità per i contribuenti di far valere, in qualità di oneri straordinari danti diritto ad una riduzione dell'imposta sul reddito, il versamento di rette scolastiche a certe scuole private stabilite sul territorio nazionale, ma esclude in generale tale possibilità trattandosi di rette scolastiche versate ad una scuola privata stabilita in un altro Stato membro¹.

Qualora i contribuenti di uno Stato membro mandino i loro figli a seguire la loro formazione in una scuola stabilita in un altro Stato membro, le cui prestazioni non sono coperte dall'art. 49 CE, l'art. 18 CE si oppone ad una normativa di uno Stato membro che prevede la possibilità per i contribuenti di far valere, in qualità di oneri straordinari danti diritto ad una riduzione dell'imposta sul reddito, il versamento di rette scolastiche a certe scuole stabilite sul territorio nazionale, ma esclude in generale tale possibilità trattandosi di rette scolastiche versate ad una scuola stabilita in un altro Stato membro².

II

Corte di giustizia**Sentenza dell'11 settembre 2007 in causa n. C-318/05**

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania

Art. 226 CE - Ricorso per inadempimento - Artt. 18 CE, 39 CE, 43 CE e 49 CE - Legislazione in materia d'imposta sul reddito - Rette scolastiche - Diritto alla deduzione limitato alle rette scolastiche versate a istituti privati nazionali - Sussistenza.

Per aver in generale escluso le rette scolastiche relative alla frequenza di una scuola situata in un altro Stato membro dalla deduzione fiscale per oneri straordinari previsti all'art. 10, n. 1, punto 9, della legge sull'imposta sul reddito (Einkommensteuergesetz), nella versione pubblicata il 19 ottobre 2002, la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 18 CE, 39 CE, 43 CE e 49 CE³.

¹⁻³ La domanda di pronuncia pregiudiziale nella causa n. C-76/05 nonché il procedimento di infrazione nella causa n. C-318/05 concernono la questione se il diritto comunitario contrasti con una normativa fiscale nazionale, ai sensi della quale possono essere considerate spese straordinarie, ai fini della riduzione dell'imposta sul reddito, i pagamenti delle tasse scolastiche a determinate scuole dello Stato membro interessato, ma non i pagamenti a scuole situate in altri Stati membri. La questione da esaminare, pertanto, ha coinvolto sia la materia delle imposte dirette, sia la politica dell'istruzione.

La domanda pregiudiziale concernente l'interpretazione degli artt. 18, n. 1, CE, 39 CE, 43 CE e 49 CE è stata presentata nell'ambito di una controversia tra i coniugi Schwarz, cittadini tedeschi residenti in Germania e il Finanzamt Bergisch Gladbach, per il diniego, da parte di quest'ultimo, di accordare loro un abbattimento fiscale per le rette scolastiche dei loro figli che hanno frequentato istituti scolastici stabiliti in Scozia nel corso degli anni 1998 e 1999, in quanto la normativa tedesca, in materia di imposta sul reddito, limita il riconoscimento di tale abbattimento ai contribuenti che abbiano versato rette scolastiche ad alcune scuole private tedesche.

Il Finanzgericht Köln, dinanzi al quale i ricorrenti hanno presentato opposizione contro i relativi accertamenti fiscali, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire se contrasti con la normativa comunitaria una normativa nazionale che prevede la possibilità per i contribuenti di far valere, in qualità di oneri straordinari danti diritto a una riduzione dell'imposta sul reddito, il versamento di rette scolastiche a certe scuole private stabilite sul territorio nazionale, ma esclude in generale questa possibilità per quanto riguarda le rette scolastiche versate ad una scuola privata stabilita in un altro Stato membro.

La Corte di giustizia, dopo aver precisato che gli artt. 39 CE e 43 CE non vanno applicati nel caso di specie in quando i ricorrenti non svolgono alcuna attività dipendente o attività economica in Scozia, ha statuito sull'esistenza di un ostacolo alla libera prestazione di servizi ex art. 49 CE. La normativa tedesca relativa all'imposta sul reddito esclude in generale la possibilità, per i contribuenti soggetti all'imposta in Germania, di dedurre dai loro redditi imponibili una parte delle rette scolastiche relative alla frequenza da parte dei loro figli di una scuola privata situata in un altro Stato membro, mentre tale possibilità sussiste relativa-

mente alle rette scolastiche versate a certe scuole private tedesche. Tale normativa, a parere della Corte, ha determinato, per i coniugi Schwarz, un aggravio fiscale in quanto produce l'effetto di dissuadere i contribuenti residenti in Germania dal far frequentare, dai propri figli, scuole stabilite in un altro Stato membro ostacolando così l'offerta di formazione proveniente da istituti di insegnamento privati stabiliti in altri Stati membri e destinata ai figli di contribuenti residenti in Germania. Ne consegue che tale normativa ostacola la libera prestazione di servizi (cfr. sentenze del 28 aprile 1998 in causa n. C-118/96, *Safir*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1897; del 12 luglio 2001 in causa n. C-157/99, *Smits e Peerbooms*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 5473, massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 690; del 3 ottobre 2002 in causa n. C-136/00, *Danner*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 8147; del 4 marzo 2004 in causa n. C-334/02, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 2229; del 16 maggio 2006 in causa n. C-372/04, *Watts*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 4325, massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 522 e del 19 aprile 2007 in causa n. C-444/05, *Stamatelaki*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 3185), massimata in questa *Rivista*, 2007, p. 337).

La Corte, nel riconoscere l'esistenza di fatto di un ostacolo alla libera prestazione di servizi, ha rigettato tutti gli argomenti sostenuti dal Governo tedesco diretti a dimostrare che: *a.* uno Stato membro non può essere tenuto a sovvenzionare scuole dipendenti dal sistema di istruzione di un altro Stato membro; *b.* uno Stato membro può vincolare la concessione di un aiuto o di un'agevolazione fiscale a criteri destinati ad evitare che tali aiuti o tali agevolazioni siano ricondotti entro un margine che lo Stato membro reputa necessario (cfr. sentenza del 15 marzo 2005 in causa n. C-209/03, *Bidar*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 2119, massimata, in questa *Rivista*, 2005, p. 283).

Infine, sull'esistenza di un ostacolo alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione, la Corte di giustizia ha osservato che i figli dei coniugi Schwarz, avendo frequentato un istituto scolastico situato in un altro Stato membro, si sono avvalsi del loro diritto di circolare liberamente (cfr. la sentenza del 19 ottobre 2004 in causa n. C-200/02, *Zhu e Chen*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 9925, massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 89). La normativa tedesca controversa introduce di fatto una differenza di trattamento tra i contribuenti soggetti all'imposta sul reddito in Germania che hanno mandato i loro figli a studiare in Germania e coloro che hanno indirizzato i loro figli a seguire la loro formazione in una scuola situata in un altro Stato membro.

Secondo la Corte di giustizia, il fatto di rifiutare l'abbattimento fiscale ai contribuenti soggetti all'imposta sul reddito in Germania per il motivo che hanno mandato i loro figli a seguire una formazione scolastica in un altro Stato membro, svantaggia i figli di cittadini di uno Stato che hanno esercitato la loro libertà di circolazione seguendo un'istruzione scolastica in un altro Stato membro.

Ne consegue, e così ha concluso la Corte, che la normativa tedesca rappresenta una restrizione delle libertà riconosciute dall'art. 18, n. 1, CE a tutti i cittadini dell'Unione (cfr. sentenze del 18 luglio 2006 in causa n. C-406/04, *De Cuyper*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6947, massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 537 e del 26 ottobre 2006 in causa n. C-192/05, *Tas-Hagen e Tas*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 10451).

Il ricorso per inadempimento, presentato dalla Commissione contro la Germania, riguarda sempre la normativa nazionale controversa relativa alla limitazione della detraibilità fiscale alle spese sostenute per le rette dovute agli istituti privati nazionali.

Nel proprio ricorso, la Commissione ha sostenuto che la norma nazionale tedesca, limitando la detraibilità delle rette scolastiche a quelle relative alla frequenza di certe scuole tedesche, comporta una fiscalità più favorevole per i contribuenti interessati in quanto favorisce una riduzione dei redditi assoggettabili all'imposta e, pertanto, una diminuzione degli oneri fiscali di questi ultimi.

La Commissione ha fondato il proprio ricorso sull'affermazione secondo cui la limitazione della detraibilità fiscale alle rette scolastiche relative alla frequenza di certe scuole tedesche non è compatibile con il diritto comunitario. Tale limitazione sarebbe in contrasto, da un lato, con il diritto alla libera circolazione dei lavoratori e alla libertà di stabilimento e, dall'altro, con il principio della libera circolazione dei cittadini tedeschi e degli altri cittadini dell'Unione. Il suddetto limite costituirebbe, altresì, anche un ostacolo al diritto alla libera prestazione dei servizi delle scuole private stabilite in un altro Stato membro e a quello dei genitori interessati residenti in Germania. Infine, esso finirebbe con il limitare in maniera

ingiustificata anche la libertà di stabilimento delle scuole private stabilite in un altro Stato membro.

A parere della Commissione, la normativa controversa sfavorisce fiscalmente non solo i contribuenti/lavoratori dipendenti provenienti da un altro Stato membro o i contribuenti che esercitano un'attività indipendente, che si sono stabiliti in Germania e che desiderano continuare la formazione scolastica dei loro figli nello Stato di origine, ma anche i contribuenti tedeschi che, in seguito al trasferimento in un altro Stato membro, hanno ivi iscritto i loro figli in una scuola privata.

Orbene, la Corte di giustizia, nella propria sentenza, ha osservato come la Germania, disponendo nella propria normativa l'esclusione delle rette scolastiche, relative alla frequenza di una scuola situata in un altro Stato membro, dalla deduzione fiscale per gli oneri straordinari, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 18 CE, 39 CE, 43 CE e 49 CE (cfr. le conclusioni riunite dell'Avvocato Generale Christine Stix-Hackl presentate in data 21 settembre 2006 nelle cause sopra massimate).

LA CORTE DI GIUSTIZIA INDIVIDUA LE CONDIZIONI PER LA CONCESSIONE DI SUSSIDI ALLA FORMAZIONE IN ALTRI STATI MEMBRI

Corte di giustizia

Sentenza del 23 ottobre 2007 in cause riunite n. C-11/06 e n. C-12/06

Rhiannon Morgan c. Bezirksregierung Köln e Iris Bucher c. Landrat des Kreises Düren

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Cittadinanza dell'Unione - Artt. 17 CE e 18 CE - Diniego di aiuti alla formazione ai cittadini di uno Stato membro che compiono studi in un altro Stato membro - Libera circolazione degli studenti - Condizioni per la concessione di sussidi alla formazione in altri Stati membri - Previa frequenza della durata minima di un anno in un centro di istruzione nazionale - Residenza stabile nelle località di frontiera - Requisito della continuità tra gli studi seguiti in un altro Stato membro e quelli compiuti precedentemente, per un periodo di almeno un anno, presso un istituto di insegnamento situato sul territorio nazionale dello Stato membro d'origine.

Gli artt. 17 CE e 18 CE ostano, in circostanze come quelle delle cause principali, ad un requisito secondo il quale, per poter beneficiare di aiuti alla formazione concessi per studi seguiti in uno Stato membro diverso da quello di cui sono cittadini gli studenti che ne fanno richiesta, tali studi devono costituire la prosecuzione di una formazione seguita per un periodo di almeno un anno nel territorio dello Stato membro di origine degli studenti medesimi¹.

¹ Due studentesse, cittadine tedesche, la signora Morgan nel Regno Unito e la signora Bucher nei Paesi Bassi, si sono viste respingere le rispettive domande dirette alla concessio-

ne di sussidi per lo svolgimento di studi all'estero. Nel primo caso, per il motivo che gli studi da intraprendere all'estero non costituivano la continuazione di un'istruzione ricevuta in Germania per almeno un anno; nel secondo caso, per la mancanza del requisito relativo alla residenza stabile in una località di frontiera.

Il Verwaltungsgericht Aachen, al quale le ricorrenti si sono rivolte, ha sospeso il procedimento e ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se la normativa tedesca in materia di incentivi individuali alla formazione, prevedendo specifici requisiti per poter beneficiare di sussidi alla formazione per gli studi seguiti all'estero, contrastasse con gli artt. 17 e 18 del Trattato.

In particolare, alle ricorrenti è stato negato il sussidio alla formazione per studi da compiersi interamente in un altro Stato membro per il fatto che tale formazione non rappresentava la prosecuzione degli studi della durata di almeno un anno compiuti in territorio tedesco.

Le ricorrenti hanno rilevato che, non essendo presenti in territorio tedesco le formazioni professionali di genetica applicata e di ergoterapia, sono state obbligate a rinunciare ai sussidi alla formazione professionale in un altro Stato membro.

La Corte di giustizia, investita della questione ex art. 234 CE, ha precisato che una normativa nazionale che penalizzi alcuni suoi cittadini per il solo fatto di aver esercitato la loro libertà di circolare e di soggiornare in un altro Stato membro, rappresenta una restrizione delle libertà riconosciute dall'art. 18, n. 1, CE a tutti i cittadini dell'Unione (cfr. sentenze del 18 luglio 2006 in causa n. C-406/04, *De Cuyper*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6947, massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 537; dell'11 settembre 2007 in causa n. C-76/05, *Schwarz e Gootjes-Schwarz*, non ancora pubblicata in *Raccolta* e del 26 ottobre 2006 in causa n. C-192/05, *Tas-Hagen e Tas*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 10451).

La Corte ha osservato che se uno Stato membro prevede un sistema di aiuti alla formazione tale da consentire agli studenti di beneficiarne nell'ipotesi in cui compiano studi all'estero, esso deve fare in modo che le modalità di concessione degli aiuti stessi non circoscrivano in maniera arbitraria il diritto di circolare e soggiornare sul territorio degli altri Stati membri (cfr., sentenza del 17 marzo 2005 in causa n. C-109/04, *Kranemann*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 2421, massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 288).

Ne consegue che la normativa nazionale controversa dissuade i cittadini dell'Unione dal lasciare il territorio tedesco per seguire gli studi in un altro Stato membro. Il fatto che venga richiesto ad uno studente di trascorrere un anno presso una scuola situata sul territorio tedesco prima di poter percepire sussidi alla formazione da compiersi in un altro Stato membro è idoneo a scoraggiarlo dal recarsi in un secondo tempo in un altro Stato membro dell'Unione.

Sulla giustificazione di tale restrizione, la Corte di giustizia ha osservato come l'obiettivo di garantire che gli studenti concludano il proprio ciclo di studi velocemente, per contribuire così all'equilibrio finanziario del sistema di istruzione dello Stato membro interessato, costituisce uno scopo legittimo. Tuttavia, a parere della Corte, il requisito controverso non può essere considerato proporzionato all'obiettivo conseguito. Anche il requisito della continuità tra gli studi compiuti in Germania e quelli compiuti all'estero non è proporzionato all'obiettivo diretto ad agevolare una scelta oculata della formazione che gli studenti si propongono di seguire.

Sul sistema tedesco di aiuti alla formazione, la Corte ha precisato che può essere legittimo per uno Stato membro concedere gli aiuti solo agli studenti che abbiano dimostrato un certo grado di integrazione nella società dello Stato stesso, al fine di evitare che la concessione di aiuti diretti a coprire le spese di mantenimento di studenti provenienti da altri Stati membri non divenga un onere irragionevole, che potrebbe avere conseguenze sul livello globale degli aiuti che possono essere concessi dallo Stato stesso (cfr. sentenza del 15 marzo 2005 in causa n. C-209/03, *Bidar*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 2119, massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 283). Ne consegue, a parere della Corte, che il requisito della prima fase di studi, implicando che un periodo di studi di almeno un anno sia stato in precedenza compiuto nello Stato membro d'origine, presenta un carattere troppo generale ed esclusivo privilegiando un elemento che non è assolutamente indicativo del grado di integrazione nella società di tale Stato membro, andando oltre quanto è necessario per raggiungere l'obiettivo.

Infine, la Corte ha osservato come il requisito della prima fase di studi non miri ad impedire eventuali aiuti dello stesso tipo ricevuti in un altro Stato membro o a tenerne conto e non si può neppure sostenere che tale requisito sia necessario per garantire che non si verifichi un

cumulo di aiuti. La Corte ha concluso, pertanto, dichiarando che il requisito previsto dalla normativa tedesca contrasta con la normativa comunitaria e non può essere giustificato.

MARCHI E BREVETTI: UTILIZZO DEL MARCHIO COME NOME DI UN PUNTO VENDITA

Corte di giustizia

Sentenza dell'11 settembre 2007 in causa n. C-17/06

Céline SARL c. Céline SA

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Marchi - Artt. 5, n. 1, lett. a., e 6, n. 1, lett. a., della prima direttiva n. 89/104/Cee - Diritto del titolare di un marchio registrato di opporsi all'uso da parte di un terzo di un segno identico al marchio - Uso del segno come denominazione sociale, nome commerciale o insegna - Diritto del terzo di usare il suo nome - Rischi di confusione per i consumatori.

L'uso, da parte di un terzo che non vi è stato autorizzato, di una denominazione sociale, di un nome commerciale o di un'insegna identici ad un marchio anteriore nell'ambito di un'attività di commercializzazione di prodotti identici a quelli per cui tale marchio è stato registrato costituisce un uso che il titolare del detto marchio può vietare conformemente all'art. 5, n. 1, lett. a., della prima direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1988, n. 89/104/Cee, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, se si tratta di un uso per prodotti che pregiudica o può pregiudicare le funzioni del marchio¹.

In tal caso, l'art. 6, n. 1, lett. a., della direttiva n. 89/104/Cee può ostare ad un siffatto divieto solo qualora l'uso da parte del terzo della sua denominazione sociale o del suo nome commerciale sia conforme agli usi consueti di lealtà in campo industriale e commerciale².

¹⁻² Ai sensi dell'art. 5, n. 1, lett. a., della direttiva n. 89/104/Cee sui marchi d'impresa (in *Guce* n. L 40 del 1989, p. 1), il titolare di un marchio registrato può vietare di usare nel commercio, senza il proprio consenso, un segno identico al proprio marchio di impresa per prodotti o servizi identici a quelli per cui esso è stato registrato, nonché un segno che, a motivo dell'identità o della somiglianza di tale segno col marchio di impresa e dell'identità o somiglianza dei prodotti o servizi contraddistinti dal marchio di impresa e dal segno, possa dare adito a un rischio di confusione per il pubblico, comportante anche un rischio di associazione tra il segno e il marchio di impresa.

La Corte d'appello di Nancy, in Francia, ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se tale divieto possa essere invocato da un operatore economico che abbia registrato un nome

come marchio denominativo per determinati prodotti, nei confronti di un altro operatore che, senza il consenso del titolare, abbia adottato lo stesso nome come ragione sociale e insegna nell'ambito di un'attività di commercializzazione di prodotti dello stesso tipo.

La questione pregiudiziale concernente l'interpretazione dell'art. 5, n. 1, lett. *a.*, è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato la Céline SA e, dall'altro lato, la Céline SARL, in merito all'uso, da parte di quest'ultima, della denominazione sociale «Céline» e dell'insegna.

Nel 1928 è stata costituita una società denominata Céline SA avente come attività principale la creazione nonché la commercializzazione di articoli di abbigliamento e accessori di moda e nel 1948 tale società depositava il marchio «Céline». Nel 1950 il signor Grynfolgiel si è fatto inserire nel registro del commercio e delle società di Nancy, allo scopo di condurre un negozio di abbigliamento con l'insegna «Céline». La Céline SA ha così promosso una causa nei confronti della Céline SARL per proibirle gli atti di contraffazione del marchio Céline e quelli di concorrenza sleale per appropriazione illecita della denominazione sociale Céline, dell'insegna Céline nonché per ottenere il risarcimento dei danni.

Essendo state accolte dal Tribunal de grande instance di Nancy tutte le domande proposte dalla Céline SA, la Céline SARL ha interposto appello dinanzi alla Corte d'appello di Nancy che ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

Con la sua questione pregiudiziale, il giudice del rinvio ha chiesto se l'uso a titolo di ragione sociale, nome commerciale o insegna, da parte di un terzo, senza autorizzazione, di un segno uguale a un marchio denominativo anteriore, nell'ambito di un'attività di commercializzazione di prodotti identici a quelli per i quali il marchio è stato registrato, costituisca un uso che il titolare del marchio può far cessare ai sensi dell'art. 5, n. 1, della direttiva.

La Corte di giustizia ha innanzitutto chiarito che, secondo una propria giurisprudenza (cfr. sentenze del 2 novembre 2002 in causa n. C-206/01, *Arsenal Football Club*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 10273 e del 16 novembre 2004 in causa n. C-245/02, *Anheuser-Busch*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 10989), il titolare del marchio registrato può vietare l'uso da parte di un terzo di un segno identico al suo marchio solamente se l'uso ha luogo nel commercio; se è stato fatto senza il consenso del titolare del marchio; se è stato fatto per prodotti o servizi identici a quelli per cui il marchio è stato registrato e se pregiudica le funzioni del marchio stesso.

Nel caso controverso, l'uso del segno viene fatto nel commercio, come pure il segno è usato senza il consenso del titolare del marchio. Tuttavia, il Tribunale non ha chiarito se l'uso fatto dalla Céline SARL del segno Céline costituisca per tali prodotti «uso» ai sensi dell'art. 5, n. 1 della direttiva.

Sul punto, la Corte di giustizia ha precisato come l'uso possa essere vietato solamente in presenza di un pregiudizio per la funzione del marchio stesso che è quello di garantire ai consumatori l'origine dei prodotti stessi e nel caso controverso, spetta al giudice nazionale verificare se vi sia stato un pregiudizio per le funzioni del marchio Céline.

Infine, la Corte ha precisato che l'interpretazione dell'art. 6, n. 1, lett. *a.*, della direttiva è nel senso di impedire il divieto contenuto nell'art. 5, n. 1, della medesima direttiva solamente se l'uso da parte di un terzo della denominazione sociale o del nome commerciale avvenga in conformità agli usi abituali di lealtà in campo commerciale e industriale.

ACCESSO AI DOCUMENTI: MEMORIE DEPOSITATE DALLA COMMISSIONE NELL'AMBITO DI PROCEDIMENTI DINANZI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA E AL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO

Tribunale di primo grado

Sentenza del 12 settembre 2007 in causa n. T-36/04

Association de la presse internationale ASBL (API) c. Commissione delle Comunità europee

Art 234 CE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 1049/2001, artt. 1 e 4 - Accesso ai documenti - Memorie depositate dalla Commissione nell'ambito di procedimenti dinanzi alla Corte e al Tribunale - Decisione che nega l'accesso.

Si deve innanzitutto rilevare che l'art. 1 del regolamento n. 1049/2001, letto, in particolare, alla luce del quarto considerando del medesimo, mira a dare la massima attuazione possibile al diritto di pubblica consultazione dei documenti detenuti dalle istituzioni (...). Tuttavia, dal regolamento in questione, in particolare dal suo undicesimo considerando, dal suo art. 1, lett. a. e dal suo art. 4, che prevede un regime di eccezioni in merito, risulta altresì che il diritto di consultazione dei documenti è comunque sottoposto a determinate limitazioni fondate su ragioni di interesse pubblico o privato (...). Dato che derogano al principio del più ampio accesso possibile del pubblico ai documenti, tali eccezioni devono essere interpretate ed applicate in senso restrittivo¹.

L'obbligo per un'istituzione di procedere ad una valutazione specifica e concreta del contenuto dei documenti oggetto della domanda d'accesso rappresenta una regola generale (...), che trova applicazione per tutte le eccezioni di cui ai nn. 1-3 dell'art. 4 del regolamento n. 1049/2001, qualunque sia l'ambito cui si riferiscono i documenti richiesti. Poiché il citato regolamento non contiene alcuna disposizione specifica riguardante l'eccezione relativa alla tutela delle procedure giurisdizionali, la citata regola generale si applica altresì all'eccezione di cui trattasi².

La decisione della Commissione del 20 novembre 2003 è annullata laddove essa ha negato l'accesso alle memorie presentate dalla Commissione dinanzi alla Corte nell'ambito delle cause n. C-466/98, Commissione c. Regno Unito; n. C-467/98, Commissione c. Danimarca; n. C-468/98, Commissione c. Svezia; C-469/98, Commissione c. Finlandia; n. C-471/98, Commissione c. Belgio; n. C-472/98, Commissione c. Lussemburgo; n. C-475/98, Commissione c. Austria e n. C-476/98, Commissione c. Germania, e dinanzi al Tribunale nell'ambito della causa n. T-342/99, Airtours c. Commissione³.

¹⁻³ L'art. 255 CE, primo e secondo comma, prevede che «qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma dei par. 2 e 3. I principi generali e le limitazioni a tutela di interessi pubblici o privati applicabili al diritto di accesso ai documenti sono stabiliti dal Consiglio, che delibera secondo la procedura di cui all'art. 251 entro due anni dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam(...)». Il regolamento Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001, n. 1049, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Com-

missione (in *Guce* n. L 145 del 2001, p. 43), definisce i principi, le condizioni e le limitazioni del diritto di accesso ai documenti delle citate istituzioni sancito dall'art. 255 CE. Tale regolamento è applicabile dal 3 dicembre 2001.

L'Association de la presse internationale ASBL (API), un'organizzazione, senza scopo di lucro, di giornalisti stranieri operanti in Belgio, chiedeva alla Commissione, ai sensi dell'art. 6 del regolamento n. 1049/2001, l'accesso a tutte le memorie da essa presentate al Tribunale o alla Corte di giustizia nell'ambito delle seguenti cause: n. T-209/01, *Honeywell c. Commissione*, e n. T-210/01, *General Electric c. Commissione*; n. T-212/03, *MyTravel c. Commissione*; n. T-342/99, *Airtours c. Commissione*; n. C-203/03, *Commissione c. Austria*; n. C-466/98, *Commissione c. Regno Unito*; n. C-467/98, *Commissione c. Danimarca*; n. C-468/98, *Commissione c. Svezia*; n. C-469/98, *Commissione c. Finlandia*; n. C-471/98, *Commissione c. Belgio*; n. C-472/98, *Commissione c. Lussemburgo*; n. C-475/98, *Commissione c. Austria* e n. C-476/98, *Commissione c. Germania* («cause a cielo aperto»; n. C-224/01, *Köbler*; n. C-280/00, *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*).

La Commissione ha consentito l'accesso ai documenti relativi alle cause n. C-224/01 e n. C-280/00, mentre ha negato l'accesso ai documenti in tutte le altre cause.

La Commissione ha motivato il proprio diniego affermando che non poteva divulgare le proprie memorie in cause ancora pendenti (cause n. T-209/01 e n. T-210/01 e n. C-203/03); che la divulgazione delle memorie nella causa n. T-342/99 – seguita da un'azione per risarcimento danni (causa n. T-212/03) – avrebbe arrecato pregiudizio al procedimento nell'ambito della causa pendente e, infine, che nelle cause relative alla liberalizzazione dei trasporti aerei, chiamate «cause cielo aperto», anche se chiuse con una sentenza della Corte che aveva statuito sull'inadempimento, gli Stati interessati non si erano ancora conformati alla decisione della Corte.

L'API ha chiesto al Tribunale di prima istanza di annullare la decisione con la quale veniva negato l'accesso ai documenti.

A sostegno del proprio ricorso, la ricorrente ha sollevato un unico motivo, basato sulla violazione dell'art. 2 e dell'art. 4, n. 2, del regolamento n. 1049/2001.

Sul diniego all'accesso riguardante le memorie relative alle cause n. T-209/01, n. T-210/01 e n. C-203/03 (tutela delle procedure giurisdizionali), il Tribunale ha precisato come dai motivi della decisione impugnata non è emerso che la Commissione abbia effettuato un esame concreto del contenuto di ciascun documento richiesto. Il Tribunale ha osservato come un esame specifico e concreto di ogni documento oggetto della domanda è in ogni caso necessario dal momento che, anche nel caso in cui sia chiaro che una domanda di accesso riguarda documenti coperti da un'eccezione, solo tale esame può permettere all'istituzione di valutare la possibilità di accordare al richiedente un accesso parziale, ai sensi dell'art. 4, n. 6, del regolamento n. 1049/2001 (sentenze del Tribunale 13 aprile 2005 in causa n. T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation c. Commissione*, in *Raccolta*, 2005, II, p. 1121).

Poiché il procedimento cui si riferiscono le memorie relative all'accesso non ha ancora raggiunto la fase dell'udienza, il rifiuto di divulgare le memorie stesse deve essere inteso come riguardante l'insieme di tutte le informazioni ivi contenute. Al contrario, dopo lo svolgimento dell'udienza, la Commissione è soggetta all'obbligo di effettuare una valutazione concreta di ciascun documento richiesto per verificare, alla luce del suo specifico contenuto, se esso possa essere divulgato, vale a dire, se la sua divulgazione possa procurare un pregiudizio al procedimento giurisdizionale cui si riferisce. Infatti, le norme procedurali dei giudici comunitari non prevedono un diritto di accesso agli atti processuali depositati in cancelleria dalle parti.

Ne consegue che la Commissione non è incorsa in un errore di diritto omettendo di disporre un esame concreto delle memorie riguardanti le tre cause, sopra citate, e che essa non ha commesso alcun errore di valutazione ritenendo sussistente un interesse pubblico alla tutela del contenuto delle stesse memorie. Secondo il Tribunale, è compito della Commissione effettuare la ponderazione dell'interesse pubblico connesso alla divulgazione con l'interesse che risulterebbe soddisfatto da un diniego alla divulgazione stessa. L'interesse pubblico superiore deve essere tenuto distinto dai principi generali di trasparenza che sono alla base del regolamento; il richiamo a tali principi può presentare una rilevanza tale da prevalere sull'esigenza di tutela dei documenti di cui si discute.

Il Tribunale ha precisato come il pubblico abbia la possibilità di ricevere informazioni

relative alle cause pendenti: ogni ricorso, infatti, fin dalla sua presentazione è oggetto di una comunicazione sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea (Gu-Ue)*, nella quale è precisato l'oggetto della controversia, le conclusioni del ricorso, nonché i motivi e le principali ragioni sollevate. Inoltre, la relazione d'udienza è resa pubblica il giorno dell'udienza, nel corso della quale, nondimeno, gli argomenti delle parti sono discussi pubblicamente. Ne consegue che la Commissione non è incorsa in un errore di valutazione ritenendo che l'interesse desunto dalla ricorrente non fosse tale da giustificare la divulgazione delle memorie in questione.

Sul diniego d'accesso riguardante le memorie relative alla causa n. T-342/99, a parere del Tribunale, la necessità di tutelare argomenti destinati ad essere eventualmente proposti nell'ambito di un procedimento ancora pendente, non può rappresentare un motivo per rifiutare l'accesso a memorie relative ad una causa già definita da una sentenza del Tribunale, in mancanza di una qualsivoglia motivazione specifica intesa a dimostrare che la loro divulgazione arrecherebbe pregiudizio al procedimento giurisdizionale pendente. Ne consegue che, in questo caso, la Commissione è incorsa in un errore di valutazione negando l'accesso alle memorie relative alla causa *Airtours c. Commissione*.

Sul diniego all'accesso ai documenti basato sull'eccezione relativa alla tutela degli obiettivi delle attività di indagine, il Tribunale ha precisato che, nel caso di specie, alla data dell'adozione della decisione impugnata, la Corte aveva già pronunciato, da circa un anno, le sentenze che appuravano le infrazioni contestate dalla Commissione agli Stati membri interessati. È quindi fuor di dubbio che, a tale data, non era in corso alcuna attività di indagine volta a dimostrare l'esistenza degli inadempimenti in questione che avrebbe potuto essere messa in pericolo dalla divulgazione dei documenti richiesti.

Al riguardo, il Tribunale ha considerato, altresì, che l'art. 4 del regolamento n. 1049/2001, relativo alle eccezioni al diritto d'accesso, prevede che le istituzioni possano rifiutare l'accesso a un documento la cui divulgazione arrechi pregiudizio alla tutela degli obiettivi delle attività ispettive, di indagine e di revisione contabile.

Ebbene, il Tribunale ha osservato che, pur ammettendo che i vari documenti oggetto delle indagini siano coperti dall'eccezione di cui all'art. 4, n. 2, terzo trattino, del regolamento fino alla chiusura dei procedimenti, anche nel caso in cui risulti necessaria una nuova indagine che conduca eventualmente alla presentazione di un ricorso basato sull'art. 228, n. 2, CE, l'accesso ai documenti citati sarebbe subordinato ad avvenimenti aleatori, come l'inosservanza, da parte dello Stato membro interessato, della sentenza della Corte che accerta l'inadempimento e l'introduzione di un ricorso ai sensi dell'art. 228, n. 2, CE (cfr. sentenze della Corte del 12 luglio 2005 in causa n. C-304/02, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, I, p. 6263 e massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 710 e del 14 marzo 2006 in causa n. C-177/04, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2461).

In ogni caso, secondo il Tribunale, si tratterebbe di avvenimenti futuri e incerti, dipendenti dalla rapidità e dalla scrupolosità delle diverse autorità interessate. Tale soluzione contrasterebbe con l'obiettivo di garantire al pubblico il più ampio accesso ai documenti delle istituzioni allo scopo di dare ai cittadini la possibilità di controllare in maniera più effettiva la legittimità dell'esercizio del potere pubblico (cfr. sentenze del Tribunale del 6 luglio 2006 in cause riunite n. T-391/03 e n. T-70/94, *Franchet e Byk c. Commissione*, in *Raccolta*, 2006, II, p. 2023; del 6 febbraio 1998 in causa n. T-124/96, *Interporc c. Commissione*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 231 e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 211; del 12 ottobre 2000 in causa n. T-123/99, *JT's Corporation c. Commissione*, in *Raccolta*, 2000, II, p. 3269 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 504).

Sulla base di tali argomentazioni la Commissione è, pertanto, incorsa in un errore di diritto negando l'accesso ai documenti riguardanti le cause sul traffico aereo chiamate «cause cielo aperto».

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

**INTESE ANTICONCORRENZIALI E TUTELA DEL CONSUMATORE
FINALE: DISCOSTANDOSI DALLE INDICAZIONI FORNITE DALLE
SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE, IL GIUDICE DI PACE
DI BITONTO RIAPRE UNA QUESTIONE APPARENTEMENTE RISOLTA**

**Giudice di Pace di Bitonto
Sentenza del 21 maggio 2007***

Manfredi Vincenzo c. Lloyd Adriatico Assicurazioni S.p.A.

Violazione dell'art. 81 del Trattato CE - Individuazione del giudice competente a dirimere le controversie civili in materia di diritto della concorrenza - *Private enforcement* del diritto *antitrust* comunitario e nazionale - Principi di effettività ed equivalenza nella tutela del consumatore - Prescrizione dell'illecito anticoncorrenziale - Danni punitivi.

Le dimensioni oggettive e soggettive assunte dall'intesa sanzionata dall'AGCM conducono (...) il Giudicante a ritenere che l'intesa o la pratica concordata in esame possa avere un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulla vendita delle polizze di detta assicurazione in Italia da parte di operatori stabiliti in altri Stati membri e che tale influenza non sia insignificante.

Perciò, la prima norma violata – intesa come norma fondamentale – dalle imprese che hanno fatto parte dell'intesa anticoncorrenziale sanzionata dall'AGCM, deve ravvisarsi non nell'art. 2 della legge n. 287/90, bensì nell'art. 81 (85 secondo la vecchia numerazione) del Trattato CE (...).

* In argomento v. *infra*, p. 107 ss., il commento di ANGELO FERRARO.

La tutela del consumatore, e, tramite essa, la tutela del mercato, esigono che il terzo estraneo ad una pratica concordata o ad un'intesa anticoncorrenziale che gli abbiano procurato danno, possa agire per la tutela delle proprie posizioni dinanzi al Tribunale o al Giudice di pace, senza dover sopportare i più lunghi tempi ed i maggiori costi della Corte d'appello.

Solo così si può garantire il principio di effettività della tutela dei diritti riconosciuti ai singoli dalle norme nazionali e dalle norme comunitarie (...).

Il termine di prescrizione quinquennale decorre dal giorno in cui la pratica anticoncorrenziale è cessata, ed è onere del convenuto dimostrare l'esatto momento in cui la condotta anticoncorrenziale è cessata (...).

Alla parte attrice deve essere riconosciuta, a titolo di risarcimento danni, una somma di denaro tale da aver anche l'effetto deterrente nei confronti della parte convenuta e di terzi dal porre in essere altre intese o pratiche concordate come quella sanzionata dall'AGCM (...).

Alla luce di tali considerazioni, il Giudicante ritiene di riconoscere all'attore un danno nella misura del doppio, rispetto all'ammontare dei premi esatti dalla convenuta in esecuzione dell'intesa anticoncorrenziale.

(Omissis) In diritto

Le domande articolate da parte attrice sono fondate e, pertanto, meritano accoglimento per le seguenti ragioni.

I fatti per cui è causa traggono origine dal provvedimento dell'AGCM n. 8546/00, parzialmente confermato dalle sentenze del Tar Lazio n. 6139/01 e del Consiglio di Stato n. 2199/02.

Nel provvedimento citato l'AGCM, dopo ampia istruttoria, ha constatato che diverse compagnie d'assicurazione, italiane e straniere, a decorrere dal 1994, avevano posto in essere un'intesa anticoncorrenziale volta a praticare aumenti arbitrari dei premi assicurativi relativi alle polizze RC auto, in forza di clausole contrattuali comunemente concordate e di scambi d'informazioni.

Alla luce del provvedimento dell'AGCM, molti consumatori hanno agito al fine di ottenere la restituzione dei premi pagati illegittimamente ed il risarcimento dei danni subiti.

L'odierno attore ha affermato di aver acceso la polizza RC auto n. 325725831 con la compagnia di assicurazioni convenuta, ed ha lamentato di aver subito a decorrere dal 1998 al 2002 un aumento arbitrario del premio assicurativo in ragione del 20%, imputando tale aumento all'intesa anticoncorrenziale stigmatizzata dalla AGCM.

La compagnia di assicurazioni convenuta ha, preliminarmente, eccepito l'incompetenza funzionale del Giudicante, assumendo che per le domande risarcitorie proposte dai soggetti lesi dall'intesa anticoncorrenziale, seppur terzi rispetto all'intesa, sarebbe funzionalmente competente la Corte d'Appello, e non il Giudice di Pace, ai sensi dell'art. 33 della legge n. 287/90.

L'eccezione d'incompetenza funzionale del Giudice di Pace è infondata.

Ritiene, il Giudicante, che le limitazioni poste dall'art. 33 della legge n. 287/90 non siano applicabili al caso concreto.

Tale convincimento deriva dalla constatazione preliminare che l'intesa sanzionata dall'AGCM, dov'è stata coinvolta anche la società convenuta, per le dimensioni assunte, interessa l'intero territorio comunitario e non soltanto il territorio nazionale.

Il convincimento del Giudicante è avvalorato da quanto statuito nel par. 41 della sentenza pregiudiziale «Rientrano perciò nell'ambito del diritto comunitario qualsiasi intesa e qualsiasi prassi atte ad incidere sulla libertà del commercio fra Stati membri in un senso che possa nuocere alla realizzazione degli scopi di un mercato unico fra gli Stati membri, in particolare isolando i mercati nazionali o modificando la struttura della concorrenza nel mercato comune».

Le dimensioni oggettive e soggettive assunte dall'intesa sanzionata dall'AGCM conducono, quindi, il Giudicante a ritenere che l'intesa o la pratica concordata in esame possa avere un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulla vendita delle polizze di detta assicurazione in Italia da parte di operatori stabiliti in altri Stati membri e che tale influenza non sia insignificante (sentenza pregiudiziale CGCE par. 52).

Perciò, la prima norma violata – intesa come norma fondamentale – dalle imprese che hanno fatto parte dell'intesa anticoncorrenziale sanzionata dall'AGCM, deve ravvisarsi non nell'art. 2 della legge n. 287/90, bensì nell'art. 81 (85 secondo la vecchia numerazione) del Trattato CE.

Pertanto, tenendo in considerazione quanto statuito dalla Corte di giustizia nella sentenza pregiudiziale emessa su rinvio di questo Giudicante, si deve ritenere che il Giudice di Pace, al pari di qualsiasi altro Giudice, sia legittimato a far valere l'efficacia diretta dell'art. 81 del Trattato CE.

La Corte di giustizia al par. 39 della sentenza pregiudiziale si è così pronunciata «Occorre anche ricordare che gli artt. 81, n. 1, CE e 82 CE producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono direttamente a questi ultimi diritti che i giudici nazionali devono tutelare e che il principio del primato del diritto comunitario esige che sia disapplicata qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore a quest'ultima».

Il consumatore o qualsiasi altro terzo danneggiato da un'intesa anticoncorrenziale le cui dimensioni siano di rilevanza comunitaria, ben può chiedere dinanzi al Giudice, naturalmente competente per territorio e per valore, il risarcimento dei danni subiti e provocatigli da tutti, da alcuni o da uno soltanto dei partecipi all'intesa anticoncorrenziale.

Ma, alla medesima conclusione questo Giudice ritiene di poter pervenire anche se il fondamento normativo delle domande attoree fosse da ravvisarsi nell'art. 2 della legge n. 287/90.

L'art. 1, comma IV, della legge n. 287/90, per l'interpretazione della legge nazionale, si rimanda ai canoni di ermeneutica comunitari.

Orbene, la Corte di giustizia ha sancito che è prioritario nel diritto comunitario garantire l'effettività della tutela dei diritti dei singoli.

Infatti, al par. 60 della sentenza pregiudiziale, la Corte di giustizia, richiamandosi alla nota sentenza *Courage*, si è così pronunciata «Per quanto poi riguarda la

possibilità di chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza, occorre ricordare che la piena efficacia dell'art. 81 CE e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di tale articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza».

Orbene, se anche per i terzi lesi da un'intesa anticoncorrenziale, in particolar modo per i consumatori, dovessero trovare applicazione le limitazioni sancite nell'art. 33 della legge n. 287/90, il risultato ultimo cui si perverrebbe sarebbe quello di rendere eccessivamente difficoltosa, anzi quasi impraticabile, la strada della tutela risarcitoria.

Proprio per garantire che i consumatori possano agevolmente tutelare i propri diritti contro le grandi imprese che, con le loro intese o pratiche concordate, seppur di rilevanza prettamente nazionale, nuocciono al fair play nel mercato, bisogna deplore le interpretazioni restrittive come quella da ultimo propugnata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione italiana.

La tutela del consumatore, e, tramite essa, la tutela del mercato, esigono che il terzo estraneo ad una pratica concordata o ad un'intesa anticoncorrenziale che gli abbiano procurato danno, possa agire per la tutela delle proprie posizioni dinanzi al Tribunale o al Giudice di Pace, senza dover sopportare i più lunghi tempi ed i maggiori costi della Corte d'Appello.

Solo così si può garantire il principio di effettività della tutela dei diritti riconosciuti ai singoli dalle norme nazionali e dalle norme comunitarie.

Altresì infondata è l'eccezione d'incompetenza per valore sollevata dalla società convenuta, in quanto la somma richiesta nell'atto di citazione non è esorbitante rispetto ai limiti di competenza per valore del Giudice di Pace fissati dal codice di procedura civile.

Altresì infondata è l'eccezione di prescrizione sollevata dalla società convenuta.

L'azione intrapresa dall'attore, indipendentemente dalla qualificazione giuridica fornita nell'atto di citazione, è chiaramente di natura risarcitoria.

Si tratta, infatti, di un'azione di risarcimento danni da responsabilità extracontrattuale, il cui termine di prescrizione, è di cinque anni, ai sensi dell'art. 2947, comma I, cc.

Le norme *anitrust* [*rectius*: antitrust *n.d.r.*], contenute nella legge nazionale e nelle norme comunitarie, comportano a carico dei loro contravventori il sorgere di responsabilità extracontrattuale, poiché, avendo portata generale, la loro lesione integra gli estremi del concetto di "ingiustizia" di cui all'art. 2043 cc.

Il termine di prescrizione quinquennale decorre dal giorno in cui la pratica anticoncorrenziale è cessata, ed è onere del convenuto dimostrare l'esatto momento in cui la condotta anticoncorrenziale è cessata.

Tale onere non è stato minimamente assunto dalla società convenuta, pertanto, le domande di parte attrice sono da considerarsi poste più che tempestivamente.

Nel merito, il Giudicante ritiene di aver a sua disposizione già elementi di prova tali da giudicare fondata la pretesa dell'attore.

L'attore, nel proprio atto di citazione, chiedeva la restituzione dei premi pagati in più negli anni 1998, 1999, 2000 e 2001 e 2002, e quantificava, l'illegittimo aumento del premio, nella misura della somma complessiva di € 444,55.

La pretesa di parte attrice, dunque, rientra nell'ambito dei limiti concessi al Giudice di Pace per la pronuncia secondo equità, di cui all'art. 113, comma II, c.p.c., trattandosi di responsabilità extracontrattuale e non di causa fondata su contratto concluso ex art. 1342 cc.

L'AGCM, nel suo provvedimento n. 8546/2000, ha constatato che l'intesa anticoncorrenziale ha consentito ai partecipi, tra cui l'odierna convenuta, di praticare un aumento medio dei premi pari al 20% annuo.

Tale constatazione comporta per il Giudicante il sorgere di una presunzione semplice, ai sensi dell'art. 2727 c.c.

Sarebbe stato, quindi, onere di parte convenuta dimostrare, con mezzi di prova idonei, il proprio distacco dalla prassi accertata dall'AGCM e, tale onere probatorio, non è stato soddisfatto in alcun modo.

Da ultimo, questo Giudice rileva che alla parte attrice deve essere riconosciuta, a titolo di risarcimento danni, una somma di denaro tale da aver anche l'effetto deterrente nei confronti della parte convenuta e di terzi dal porre in essere altre intese o pratiche concordate come quella sanzionata dall'AGCM.

Infatti, se il risarcimento dei danni fosse ancorato ai canoni generali sanciti negli artt. 1223 e 1224, comma I, c.c., il principio di effettività del diritto comunitario ne risulterebbe gravemente compromesso, in quanto l'autore dell'illecito, con altissimo grado di probabilità, continuerebbe comunque a trarne profitto. Perciò, il danno da liquidarsi deve essere di entità tale da render certo l'annullamento di qualsiasi vantaggio economico tratto da un soggetto partecipe di un'intesa anticoncorrenziale o di una pratica concordata vietata dall'art. 81 del Trattato; e lo stesso dicasi per le intese anticoncorrenziali e per le pratiche concordate sanzionate nell'art. 2 della legge n. 287/90.

Alla luce di tali considerazioni, il Giudicante ritiene di riconoscere all'attore un danno nella misura del doppio, rispetto all'ammontare dei premi esatti dalla convenuta in esecuzione dell'intesa anticoncorrenziale.

(Omissis)

LA "STORIA INFINITA" DEL CASO R. C. AUTO, TRA DIRITTO ITALIANO E DIRITTO COMUNITARIO

Sommario: **1.** Premessa: la vicenda delle assicurazioni r. c. a. - **2.** Una breve ricostruzione delle questioni affrontate dalle Sezioni Unite nel 2005 - **3.** La sentenza Manfredi della Corte di giustizia ed il problema della dimensione comunitaria del caso R. C. Auto - **3.1.** Segue: La competenza a livello locale torna al giudice di pace? La necessità di una nuova presa di posizione della Suprema Corte di cassazione conforme al diritto comunitario - **4.** Il problema dei rimedi a tutela dei consumatori (e del mercato): la difficile scelta tra lo strumento risarcitorio e quello invalidatorio - **5.** Conclusioni: l'opportunità di ricorrere a nuovi strumenti di tutela contro le violazioni antitrust.

1. Premessa: la vicenda r. c. a.

Il 4 febbraio 2005, una significativa sentenza a Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione, la n. 2207¹, sembrava aver chiuso definitivamente un caso che da più di un lustro aveva visto duramente contrapposti, da un lato, migliaia di consumatori, e, dall'altro, decine di compagnie assicurative e che aveva diviso tanto la stessa comunità scientifica, quanto la giurisprudenza italiana (compresa quella di legittimità), attorno alla complessa e spesso incandescente vicenda dei c.d. contratti "a valle"².

¹ La decisione è reperibile in *Foro it.*, 2005, I, c. 1014 ss., con nota di A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, c. 1015 ss. e di E. SCODITTI, *L'antitrust dalla parte del consumatore*, c. 1018 ss.; in *Corr. giur.*, 2005, con nota di I. PAGNI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/05: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, p. 333 ss. e M. NEGRI, *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arrêt*, p. 342 ss.; nonché in *Danno e resp.*, 2005, con nota di B. INZITARI, *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale*, p. 495 ss. e di B. LIBONATI, *Antitrust e risarcimento del danno: responsabilità extracontrattuale per violazioni di norme antitrust*, p. 506 ss.

² Sono così definiti, come è noto, i negozi conclusi con i consumatori finali, dando attuazione a condotte anticoncorrenziali poste in essere "a monte" dalle imprese. Sulla nozione di contratto a valle e per una ricostruzione dei maggiori problemi legati alla stipula di essi, cfr. G. TADDEI ELMI, *Tutele civili e antitrust*, in G. VETTORI (a cura di), *Concorrenza e mercato*, Padova, Cedam, 2005, p. 290.

La pronuncia ha cionondimeno sollevato numerose critiche. La stessa, infatti, nonostante abbia riconosciuto anche agli *end user*, e non più solo alle imprese, la possibilità di invocare l'applicazione della legge n. 287 del 10 ottobre 1990, ha di fatto reso meno agevole la promozione delle relative azioni giudiziarie (indicando, secondo quanto previsto appunto dal testo normativo italiano in questione, la Corte d'appello quale giudice competente a dirimere le controversie in questione).

La decisione, peraltro, è stata ritenuta, già all'indomani dalla sua adozione, come una presa di posizione solo apparentemente in grado di chiudere in modo definitivo il c.d. «*Motor Insurance Case*»³. Pendeva, infatti, di fronte alla Corte di giustizia, un procedimento (riguardante alcuni quesiti posti in via pregiudiziale ex art. 234 del Trattato CE da un giudice di pace italiano), che avrebbe potuto mettere in discussione gli stessi esiti della (tanto attesa) sentenza delle Sezioni Unite⁴.

Il presente lavoro, dopo aver ripercorso le tappe più significative della vicenda in commento ed aver dato rapidamente conto delle questioni affrontate dalla giurisprudenza soprarichiamata⁵, tenterà di delineare il quadro dei nuovi scenari che vengono aperti dagli interventi pretori in materia e dei problemi ancora irrisolti con cui dovrà presto confrontarsi il diritto *antitrust* italiano.

Si cercherà, anzitutto, di chiarire che, ove il caso dei contratti di assicurazione dovesse effettivamente rivestire (come pare si debba desumere dalla re-

³ Sia consentito, a tal proposito, un rinvio ad A. FERRARO, *Competition Law and Consumer Protection in Italy, the EU and the UK. The Need for European Standardization of Models and Solutions to Antitrust Law*, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 2006, p. 345 ss. Lo scritto riproduce il testo della relazione tenuta il 10 marzo 2005 presso la University of Wales, Bangor (ELCOS Department), ove, prospettando che una presa di posizione della Corte di giustizia avrebbe presto o tardi riaperto il caso R. C. Auto, si era parlato di una «(apparently) definitive solution of the matter». Così nel titolo del par. 3.3. del lavoro (p. 382).

⁴ D'altra parte, come ha correttamente evidenziato E. CAMILLERI, *La tutela del contraente "a valle" di intesa illecita tra giurisprudenza comunitaria e diritto interno*, in Eur. dir. priv., 2007, p. 72, «quella delle Sezioni Unite rimane (...) una pronuncia sulla competenza (...) Le argomentazioni addotte a sostegno della (...) legittimazione ad agire ex art. 33 da parte del (...) consumatore (...) non risolvono la questione del trattamento giuridico dei contratti a valle, e tanto meno accreditano... la ricorrenza, in tutti i suoi elementi, della fattispecie dell'illecito aquiliano».

⁵ Si tratta, oltre alla già ricordata sentenza delle Sezioni Unite italiane del 2005, delle due pronunce emesse nell'ambito della controversia *Manfredi*: una emessa dalla Corte di Lussemburgo (il 13 luglio 2006 nelle cause riunite da n. C-295/04 a n. C-298/04, *Manfredi*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6619; nonché in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 1855 ss., con nota di S. BASTIANON, *La Corte di Giustizia e le azioni risarcitorie dei consumatori nei confronti del cartello assicurativo*; in *Obblig. e contr.*, 2007, p. 713 ss. con commento di P. GRIMALDI, *Danno anticoncorrenziale nei contratti stipulati dal contraente finale*; e in *Danno e resp.*, 2007, p. 23 ss., con nota di G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile e prescrizione*, e di M. CARPAGNANO, *Prove tecniche di private enforcement del diritto comunitario della concorrenza*) in risposta alle richieste del Giudice di pace di Bitonto, l'altra adottata proprio lo scorso 21 maggio 2007 da quest'ultima autorità giudiziaria decidendo nel merito il caso sottoposto al suo esame (la sentenza è reperibile sul sito internet: www.personaedanno.it, nonché in *Danno e resp.* n. 12/2007, p. 1278 ss., con nota di M. CARPAGNANO, *Il danno doppio: breve commento alla sentenza del giudice di pace di Bitonto nel caso Manfredi*, ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 169 ss., con nota di M. R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e tutela dei privati: competenza, prescrizione, duplicazione dei danni e deterrenza*).

cente sentenza della Corte di giustizia) una dimensione comunitaria, la competenza a decidere delle relative controversie potrebbe (dover) essere nuovamente attribuita agli organi giurisdizionali di primo grado ed eventualmente anche al Giudice di pace (ovviamente nei limiti della competenza per valore di tale autorità giudiziaria)⁶. A meno che, come si tenterà di ribadire in questo studio, al fine di garantire il rispetto dei principi di "equivalenza" ed "effettività" sanciti ormai in modo stringente dall'organo giurisdizionale di Lussemburgo, non si immagini *de jure condendo* l'attribuzione della competenza funzionale nel settore del diritto della concorrenza ad un'apposita sezione specializzata presso il Tribunale di primo grado, così come già avviene nei settori più avanzati del diritto dell'economia⁷.

Illustrate, quindi, le diverse impostazioni seguite dalla dottrina e dalla giurisprudenza, con riguardo all'individuazione (ed eventuale corretta combinazione) degli strumenti sostanziali con cui salvaguardare i consumatori finali (il risarcimento del danno e/o l'invalidità dei contratti a valle), impostazioni tutte non completamente persuasive in termini di *full effectiveness of Community law*, si tenterà di individuare altre plausibili forme di protezione dei c.d. contraenti deboli rispetto a condotte anticoncorrenziali delle imprese: un *set* di rimedi, cioè, in grado di realizzare nello «spazio giuridico europeo» un'adeguata tutela di ben due obiettivi di fondamentale importanza per l'ordinamento giuridico comunitario: una *fair and workable competition* nel mercato comune, ma anche una piena protezione dei contraenti deboli all'interno di questa stessa arena competitiva.

Si consideri, sotto questo punto di vista, che la sentenza *Manfredi* della Corte di giustizia rappresenta, assieme alle ultime più importanti pronunce dei giudici comunitari in materia (si pensi alle sentenze *CIF*⁸ e *Courage*⁹), una

⁶ Si analizzeranno, sotto questo profilo, anche i principali problemi derivanti dal mantenimento di una differente competenza decisionale tra autorità giudiziarie (Corte d'appello da un lato e Tribunale di primo grado, o Giudice di pace, dall'altro), direttamente legata al tipo di disciplina *anti-trust* (comunitaria o nazionale) da applicare. Di «elemento di distonia nel sistema» parlano ad esempio P. MARCHETTI - L. C. UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, Cedam, 1997, p. 475. Gli stessi rinviano alle analoghe posizioni di R. ALESSI - G. OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato: commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 ed al Regolamento CEE n. 4064/89 del 21 dicembre 1989*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 176 e di M. G. ROVERSI MONACO, *Note su alcune "autorità garanti" e sulla tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 245 ss.

⁷ Si pensi alle materie della proprietà industriale ed intellettuale, dei marchi e dei brevetti, o a quella societaria, oltre che (meno recentemente) a quella agraria.

⁸ Sentenza del 9 settembre 2003 in causa n. C-198/01, *CIF*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 8055.

⁹ Sentenza del 20 settembre 2001 in causa n. C-453/99, *Courage*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6297; nonché in *Foro it.*, 2002, IV, c. 75 ss., con note di A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal ... si laghi e chiedi i danni»*; E. SCODITTI, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*; G. ROSSI, *«Take Courage»! La Corte di Giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*, in *Danno e resp.*, 2001, p. 1151 ss., con osservazioni di S. BASTIANON, *Intesa illecita e risarcimento del danno a favore della parte debole*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 668 ss., con nota di L. TONELLI, *Intesa antitrust e risarcimento dei danni*; ed in

sorte di nuovo monito per le autorità (amministrative indipendenti e giudiziarie) nazionali ad adottare gli strumenti più adatti a garantire la tutela dell'*Antitrust Law* e della *Consumer Protection* nei territori europei, anche a costo di disapplicare le normative municipali confliggenti o di rivedere principi consolidati negli ordinamenti degli Stati membri¹⁰.

La più recente presa di posizione dell'organo giurisdizionale comunitario sembra destinata, in particolare, a produrre effetti in larga parte imprevedibili, attribuendo, anzitutto, alla stessa Corte di Lussemburgo, e non più alla Corte di cassazione, forse, un indefettibile ruolo di *arbiter arbitrorum* nella già complessa ed intricata vicenda dei contratti di assicurazione, per la quale sembra ora aprirsi una nuova, interessante, pagina¹¹.

2. Una breve ricostruzione delle questioni affrontate dalle Sezioni Unite nel 2005

Come è noto, il caso R.C. Auto ebbe inizio in Italia con un provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana¹², con cui si

Corr. giur., 2002, p. 454 ss., con nota di G. COLANGELO, *Intese "oborto collo" e risarcibilità del danno: le improbabili acrobazie dell'antitrust comunitario*.

¹⁰ Sarà sufficiente ricordare che con la sentenza del 9 settembre 2003 in causa n. C-198/01, *CIF*, cit. *supra*, nota 8, si è stabilito l'obbligo di applicare direttamente il diritto *antitrust* comunitario anziché quello nazionale, nel caso di contrasto tra le due discipline, e con la decisione del 20 settembre 2001 in causa n. C-453/99, *Courage*, cit. *supra*, nota 9 è stata stravolta la sovrana regola processuale alla stregua della quale "*nemo auditur suam turpitudinem allegans*" (nota negli ambienti inglesi come principio dell'*estoppel*). La recente pronuncia del 18 luglio 2007 in causa n. C-119/05, *Lucchini*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 6199 ss. e in questa *Rivista*, 2007, p. 729 con commento di M. T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, p. 733 ss. ha, invece, messo discussione perfino il principio dell'intangibilità della *res judicata*, stabilendo che «secondo una giurisprudenza costante e per effetto del principio del primato del diritto comunitario, il giudice nazionale ha l'obbligo di garantire la piena efficacia delle norme di diritto comunitario, e – all'occorrenza – di disapplicare, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione della legislazione nazionale ad esse contraria. Pertanto l'art. 2909 del codice civile italiano (principio dell'autorità di cosa giudicata) va disapplicato, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva».

¹¹ Cfr. O. PALLOTTA, *Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte nella causa Manfredi*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 305 ss.

¹² Si tratta della decisione del 28 luglio 2000 n. 8546, reperibile sul *Bollettino dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, n. 30/2000. La vicenda nacque, invero, a seguito di un'indagine curata dal "Centro Tutela Concorrenza e Mercato" della Guardia di Finanza, dietro sollecitazione di un cittadino che denunciava l'impossibilità di contrarre con le compagnie di assicurazione presenti nella zona di sua residenza una polizza per incendio e furto del proprio veicolo disgiunta dalla polizza R.C. Auto. L'autorità pubblica rilevava il sistematico ricorso delle compagnie alle c.d. *tying clauses* (clausole o pratiche leganti), apertamente vietate dall'art. 2, comma 2, della legge n. 287/90. Trasmetteva pertanto gli atti dell'indagine all'*Authority* che, condividendo l'assunto della Guardia di Finanza, decideva di avviare un'inchiesta per indagare se dietro tale condotta delle imprese si nascondesse il tentativo di «isolare il settore CVT dalla concorrenza e tenere in tal modo elevati i prezzi delle polizze per l'incendio e per il furto dell'auto» (AGCM, Procedimento n. 7507, I377, RC Auto, Avvio Istruttoria, consultabile al sito internet: www.agcm.it). L'istruttoria si chiudeva evidenziando che trentanove compagnie di assicurazione avevano dato luogo dal 1995 al 2000,

accertò l'esistenza di una grave violazione della normativa *antitrust* da parte di numerose società di assicurazioni¹³.

Questa pronuncia trovò piena conferma nella sentenza del TAR Lazio, sezione prima, n. 6139 del 5 luglio 2001 e, soprattutto, in quella del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2199 del 23 aprile 2002¹⁴, con la quale le compagnie assicuratrici furono definitivamente condannate per «aver posto in essere una pratica concordata, vietata ai sensi dell'art. 2 legge *antitrust*, consistente in un sistematico scambio di informazioni sensibili, al quale dovrebbero (...) causalmente riconnettersi gli aumenti di prezzo, subiti dai premi RCA negli anni successivi alla liberalizzazione del settore»¹⁵.

A queste decisioni si collega la nota sentenza n. 17475 del 9 dicembre 2002, adottata dalla prima sezione della Corte di cassazione dietro ricorso dell'Axa Assicurazioni¹⁶, diretto a far valere l'incompetenza del Giudice di pace a decidere della controversia, in virtù di quanto previsto nell'art. art. 33, comma 2, della legge n. 287/90, che riserva tale cognizione alle Corti d'appello¹⁷.

I giudici di legittimità, affrontando la questione della tutela della *weak*

mediante l'interposizione di una società indipendente di consulenza (R.C. Log), ad una pratica restrittiva della concorrenza, consistente nello scambio sistematico di informazioni "sensibili" (con riferimento ai premi commerciali, alle condizioni contrattuali e ai prezzi finali dei prodotti assicurativi). L'Autorità Garante sanzionava con una multa progressiva le varie Compagnie che avevano partecipato all'intesa, in ragione della gravità delle violazioni commesse.

¹³ Cfr. sull'argomento D. BONACCORSI DI PATTI, *Lo scambio di informazioni nel mercato assicurativo e la legge Antitrust: dal caso "Ania" al caso "RC auto"*, in *Dir. ed econ. dell'assicurazione*, 2002, p. 483 ss.

¹⁴ Consiglio di Stato, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro it.*, III, 2002, c. 482 ss., con note di L. LAMBO, c. 483 ss.; G. SCARSELLI, *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi alle autorità garanti e sui loro controlli giurisdizionali*, c. 488 ss.; F. FRACCHIA - C. VIDETTA, *La tecnica come potere*, c. 493 ss.; R. PARDOLESI, *Sul "nuovo che avanza" in antitrust: l'illiceità oggettiva dello scambio d'informazioni*, c. 500 ss.; C. OSTI, *Brevi puntualizzazioni in tema di collusione oligopolistica*, c. 509 ss.

¹⁵ M. NEGRI, *Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 747. In realtà, il Consiglio di Stato ha revocato la sanzione inflitta dall'AGCM a ventidue compagnie ritenendo non grave l'infrazione commessa, pur lasciando intatta la dichiarazione di illiceità del comportamento tenuto dalle imprese in questione.

¹⁶ La sentenza è rinvenibile in *Foro it.*, 2003, I, c. 1121 ss., con note di A. PALMIERI, *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni "extravagantes" per un illecito inconsistente* e di E. SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*; nonché in *Guida al diritto*, n. 5/2003, p. 68 ss., con osservazioni di G. FINOCCHIARO, *Solo con la questione di legittimità si può contestare la strada scelta dal legislatore*. Cfr. altresì S. BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 390 ss.; A. GUARNERI, *Il cartello degli assicuratori è fonte di danno per gli assicurati?*, in *Resp. civ.*, 2003, p. 365 ss.; I. NASTI, *Tutela risarcitoria del consumatore per condotta anticoncorrenziale: una decisione difficile*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 342 ss.; M. HAZAN, *I rimborsi dei premi r.c.a.*, in *Contratti*, 2003, p. 897 ss.; G. COLANGELO, *Intese restrittive della concorrenza e legittimazione dei consumatori finali ex art. 33 legge antitrust*, in *Dir. ind.*, 2003, p. 172 ss.; G. CAPUTI, *Consumatori e antitrust: il punto di vista della Cassazione ed il successivo intervento legislativo*, in *Diritto e formazione*, 2003, p. 1411 ss.; M. NEGRI, *Risarcimento del danno da illecito antitrust*, loc. cit., p. 747 ss.; e M. R. TUFARELLI, *La Corte di cassazione di fronte al danno da illecito antitrust: un'occasione persa*, in *Giust. civ.*, 2003, p. 2144 ss.

¹⁷ Si rinvia, sull'argomento, a F. CAMELI, *La disciplina antitrust ed il risarcimento dei danni nella giurisprudenza americana e in quella italiana*, in questa *Rivista*, 2003, p. 74 ss.

party di fronte a condotte anticoncorrenziali, affermarono in quella occasione che, essendo la legge *antitrust* italiana un corpo normativo destinato unicamente a disciplinare i rapporti tra le imprese, i consumatori non potevano invocarla a loro favore (rivolgendosi così alla Corte d'appello), ma dovevano continuare a ricorrere al Giudice di pace, ed utilizzare gli ordinari strumenti risarcitori¹⁸.

Da un punto di vista processuale, dunque, si favorivano gli *end user*, concedendo loro un più agevole accesso alla giustizia, ma sotto un profilo più strettamente sostanziale si dichiarava, di fatto, l'inesistenza di «una qualsivoglia soglia di interesse in testa ai soggetti che non siano essi stessi partecipi di un accordo a monte, e rivestano invece la mera veste di consumatori finali, non potendo in alcun modo reagire su di essi l'esistenza in sé delle "intese"»¹⁹.

Nella stessa decisione del 2002, veniva, inoltre, evidenziato acriticamente e anacronisticamente che una simile soluzione si poneva «in una linea di più generale continuità con le caratteristiche strutturali della disciplina codicistica della concorrenza (art. 2595 ss. c.c.) così come riletta, nel tempo, alla luce della Costituzione; disciplina la quale non contempla la legittimazione attiva dei singoli consumatori finali»²⁰.

¹⁸ La Corte di cassazione chiarì che tale conclusione non «equivale a postulare – di fatto – l'irrisarcibilità assoluta (...) delle eventuali ricadute estreme di quelle intese vietate dal legislatore in sede di l. n. 287/90, sul "consumatore finale" (...), ma solo che (...) l'azione risarcitoria eventualmente spettante, rivestirà (...) i caratteri ordinari di un'ordinaria azione di responsabilità soggetta agli ordinari criteri di competenza, e non quelli dell'azione ex art. 33, secondo comma della l. n. 287/90». L'effetto, facilmente prevedibile, di tale decisione è stato il deposito di migliaia di ricorsi di fronte ai Giudici di pace, con la richiesta di rimborso della quota assicurativa illegittimamente versata alle compagnie assicuratrici. Il Governo tentò di frenare la convulsa proposizione di richieste risarcitorie, mediante l'emanazione del famoso d.l. legge 8 febbraio 2003, n. 18, Disposizioni urgenti in materia di giudizio necessario secondo equità (in *Guri* n. 33 del 10 febbraio 2003), sul quale si rinvia, *ex multis*, a G. FINOCCHIARO, *Un provvedimento che tende a garantire l'uniformità di trattamento dei consumatori*, in *Guida al diritto*, n. 7/2003, p. 15. Il provvedimento, convertito in legge n. 63 del 7 aprile 2003, in *Guri* n. 84 del 10 aprile 2003, mantenne, in sostanza, inalterata la competenza del Giudice di pace, imponendogli solo di decidere secondo diritto. Cfr., sul punto, le osservazioni critiche di I. SABBATELLI, *R.c. Auto: rimborsi e tutela dei consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 5, parte I, 2003, p. 686.

¹⁹ I giudici di legittimità confermavano, così, il contenuto di una precedente decisione (Cass. 4 marzo 1999, n. 1811, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Unione europea*, n. 1006) da essi stessi richiamata, secondo cui anche le norme a tutela della concorrenza «avrebbero come destinatari diretti gli imprenditori commerciali, i quali sarebbero legittimati ad avvalersene e non l'utente singolo, che può trarne solo un vantaggio in via riflessa ed indiretta». D'altra parte, già in un'altra sentenza, la n. 827 del 19 gennaio 1999, di cui si parlerà in seguito, la Corte di cassazione aveva chiarito che «a fondamento delle tutele che la legge (antitrust) introduce sta il libero mercato in quanto tale, cioè l'interesse pubblico».

²⁰ È difficile non condividere l'opinione di R. PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 473, il quale rileva che un simile «esito sconvolge: sulla scorta di un approccio in odore di formalismo oltranzistico, relega i consumatori nell'ingrato ruolo di figli di un dio minore, prigionieri di un paternalismo condiscendente e distratto». Il rinvio alla disciplina codicistica è apparso, inoltre, improprio, oltre che anacronistico, soprattutto ove si consideri che nel codice civile italiano di una *Competition Law* non vi è alcuna, neppure prodromica o embrionale, traccia; anzi, nelle poche disposizioni in cui viene utilizzato il termine «concorrenza», sancendo addirittura alcune limitazioni legali a quest'ultima, si introduce evidentemente una disciplina che ha una natura talvolta assolutamente antitetica rispetto a quella che è propria

Con una più appropriata ricostruzione, in cui la disciplina italiana a tutela della concorrenza sul mercato viene analizzata tanto alla luce dell'art. 41 della Costituzione²¹, quanto con riferimento a quello che può oggi definirsi il nuovo "ordinamento giuridico allargato"²², le Sezioni Unite nella sentenza n. 2207/2005²³, correggono il precedente orientamento dell'organo nomofilatti-

della regolamentazione contenuta nella legge n. 287/1990. Dalle scarse norme codicistiche in tema di concorrenza sleale o di divieto di concorrenza scaturiscono infatti per lo più delle *normae agendi* disciplinanti alcuni particolari rapporti tra soggetti legati da determinati vincoli (socio e società, amministratore e società, datore di lavoro e lavoratore, imprenditore alienante e azienda ceduta). Basti pensare all'art. 2596 (riguardante i «patti restrittivi della concorrenza»). Più indicato sembra, da questo punto di vista, il rinvio effettuato da qualche studioso a ben altri istituti civilistici italiani, come l'azione surrogatoria, di cui all'art. 2900 c.c., in cui «il creditore agisce a tutela di un interesse, potrebbe dirsi "diffuso", a che il debitore persegua la "cura" del suo patrimonio, azione che solo in via di riflesso incide sull'interesse, appunto, del creditore a vedere soddisfatto il suo credito». Così F. FERRO-LUZZI, *Prolegomeni in tema di mercato concorrenziale e "aurea aequitas"* (ovvero delle convergenze parallele), in *Foro it.*, 2004, I, c. 479.

²¹ Cfr., sul punto, E. SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*, cit. supra, nota 16, p. 1127 e A. TOFFOLETTO, *Abuso di posizione dominante e danno risarcibile*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 398.

²² Si consideri, d'altra parte, che gli stessi giudici della III sezione civile erano apparsi persuasi della indiscutibile difficoltà a distinguere e tenere separati ormai, i profili normativi di diritto nazionale da quelli di diritto comunitario, *a fortiori* in due settori giuridici, quali sono il diritto *antitrust* e la *Verbraucherschutz*, assolutamente estranei un tempo al patrimonio giuridico di molti ordinamenti statali e trapiantati in Italia proprio dietro l'impulso (e con un'opera di vera e propria integrazione giuridica tra ordinamenti) del legislatore comunitario e della Corte di giustizia. Cfr., al riguardo, G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, Cedam, 2004, *passim*; nonché N. SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, I vol., Padova, Cedam, 2003, p. 257 ss. Come ha sostenuto G. CAPUTI, *Consumatori e antitrust*, cit. supra, nota 16, p. 1413 ss., anche se «i Giudici di Lussemburgo non si sono mai pronunciati esplicitamente sulla tematica della posizione dei consumatori rispetto all'*antitrust*», nell'ultimo decennio «le regole di concorrenza comunitarie sono state invocate (...) da semplici cittadini (...) e in tutti (...) la Corte di Giustizia ha deciso (...) senza preoccuparsi minimamente del fatto di essere di fronte ad un imprenditore oppure ad un semplice cittadino». L'autore richiama, in particolare, le sentenze *Arduino* (19 febbraio 2002 in causa n. C-35/99, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 186), *Pavlov* (12 settembre 2000 in cause riunite n. C-180/98 e n. C-184/98, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6451), *Van Eycke* (21 settembre 1988 in causa n. 267/86, in *Raccolta*, 1988, p. 4769). Una conferma di tale indirizzo si ha nella sentenza del 20 settembre 2001 in causa n. C-453/99, *Courage*, cit. supra, nota 10. La pronuncia ha ammesso (nel punto 24) la legittimazione di qualsiasi soggetto a far valere in giudizio la violazione dell'art. 81, n. 1 del Trattato, finanche di un'impresa che abbia partecipato all'intesa illecita, pur stabilendo (nel punto 36) che, comunque, «il diritto comunitario non osta ad una norma di diritto nazionale che neghi a chi è parte di un contratto idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza il diritto di fondarsi sui propri atti illeciti per ottenere il risarcimento del danno, qualora sia accertato che il richiedente ha una responsabilità significativa nella distorsione della concorrenza». Cfr., sull'argomento, A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte*, cit. supra, nota 9, p. 76 ss., nonché S. BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, cit. supra, nota 16, p. 394, il quale rinvia alla decisione della Corte di giustizia del 30 gennaio 1974, *BRT c. Sabam*, in *Raccolta*, 1974, p. 51, e rileva che «sarebbe quanto mai curioso che i principi sanciti dai giudici comunitari non si applicassero anche alle fattispecie previste dalla legge n. 287/90, vanificando in tal modo la natura imperativa delle disposizioni in esame» (corsivi aggiunti). D'altra parte, una simile impostazione sarebbe in aperto contrasto con quanto ha stabilito lo stesso organo di Lussemburgo, in un'altra nota sentenza, ossia la *CIF*, del 9 settembre 2003 in causa n. C-198/01, cit. supra, nota 8, nel punto 45.

²³ A promuovere tale pronuncia è stata la terza sezione civile della stessa Suprema Corte, che decidendo di porre chiarezza in un *mare magnum* di contrastanti e contraddittorie pronunce di merito, con un'ordinanza interlocutoria del 3 luglio-17 ottobre 2003 n. 15538 (in *Foro it.*, 2003, I, c. 2938 ss., con nota di A. PALMIERI; nonché in *Foro it.*, 2004, I, c. 466 ss., con note di A. GRANIERI, c. 466 ss.; di R. PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori*, cit. supra, nota 20; di F. FERRO-LUZZI, *Prolegomeni in tema di mercato concorrenziale*, cit. supra, nota 20, p. 475; e di G. GUIZZI, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*,

co italiano, effettuando opportuni riferimenti alle fonti del diritto comunitario²⁴, inclusa quella giurisprudenziale²⁵.

I giudici di legittimità colgono, quindi, l'occasione per prendere definitivamente posizione sulla *vexata quaestio* concernente la posizione del consumatore in ambito *antitrust*, e per affermare che la n. 287 del 1990 «è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura di tale carattere»²⁶.

Ai contraenti deboli viene così definitivamente riconosciuta la possibilità di invocare la disciplina a tutela della concorrenza sul mercato, al pari delle imprese, ma, esattamente come previsto per queste ultime, essi non possono più agire di fronte al Giudice di pace per far valere le proprie pretese contro le società di assicurazione, ma devono rivolgersi alle Corti d'appello competenti per territorio²⁷.

p. 479), rimettevano gli atti al Primo Presidente perché valutasse l'opportunità di affidare la soluzione della *querelle* alle Sezioni Unite. I giudici di legittimità giungevano a tale conclusione in considerazione delle «implicazioni conseguenti alla soluzione della questione di competenza, che peraltro, sotto i vari profili prospettabili, è idonea a riproporsi in numerose altre cause con medesimo oggetto» e alla natura del ricorso, concernente «una questione di massima di particolare importanza a norma dell'art. 374, secondo comma c.p.c.».

²⁴ Come ha evidenziato L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa*, reperibile su <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications>, p. 8, «i principi dell'ordinamento delle Comunità europee sono riconosciuti dall'art. 1, comma 4, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (...) quali modelli interpretativi delle disposizioni contenute nel titolo primo. Questa norma è un indice decisivo del superamento della concezione dualistica che configura il diritto comunitario e il diritto interno come autonomi e distinti, ancorché coordinati. Secondo la tesi prevalsa della Corte di giustizia di Lussemburgo, l'ordinamento comunitario si integra negli ordinamenti degli Stati membri, con conseguenze imponenti sul sistema delle fonti del diritto interno».

²⁵ D'altra parte le sentenze della Corte di giustizia rivestono, anche secondo l'accordo unanime della giurisprudenza italiana, un valore giuridico vincolante identico a quello rivestito dalle norme provenienti dall'organo legislativo sovranazionale. Cfr. Corte cost. n. 113/1985, in *Foro it.*, 1985, I, c. 1600 ss.; Corte cost. n. 389/1989, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1076 ss.; Corte cost. n. 132/1990, in *Foro it.*, 1990, I, c. 3053 ss.; Corte cost. n. 168/1991, in *Foro it.*, 1992, I, c. 660. Cass., sez. un., 13 febbraio 1999, n. 64, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 799 ss. Degna di nota, appare, da ultimo, la sentenza *Jonkman*, cause riunite da n. C-231/06 a n. C-233/06, depositata dalla Corte di giustizia lo scorso 21 giugno 2007 (e reperibile sul sito www.curia.eu), nella quale i giudici comunitari hanno ribadito, e meglio precisato (nel punto 38), che «a seguito di una sentenza (...) pregiudiziale da cui risulti l'incompatibilità di una normativa nazionale con il diritto comunitario, è compito delle autorità dello Stato (...) interessato adottare i provvedimenti generali o particolari idonei a garantire il rispetto del diritto comunitario sul loro territorio, vigilando in particolare affinché il diritto nazionale sia rapidamente adeguato al diritto comunitario e affinché sia data piena attuazione ai diritti (...) attribuiti ai singoli dall'ordinamento comunitario».

²⁶ Cfr., in senso conforme, la pronuncia della stessa Corte di cassazione del 13 luglio 2005, n. 14716. Non a caso anche S. BASTIANON, *Nullità "a cascata"? Divieti antitrust e tutela del consumatore*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 1072, ha ricordato quanto è stato sottolineato dallo stesso Avvocato Generale Mischo, nelle sue conclusioni del 22 marzo 2001 nella causa n. C-453/99, *Courage*, (punto 38), ossia che i primi e principali beneficiari del riconoscimento dell'effetto diretto alle norme *antitrust* comunitarie «sono certamente (...) i terzi, vale a dire i consumatori e i concorrenti che sono lesi da un'intesa vietata».

²⁷ Infatti, come avevano rilevato anche i giudici di legittimità nell'ordinanza n. 15535 del 2003 (punto 4.3.), «ove dovesse ritenersi che il consumatore è legittimato ad agire a norma dell'art. 33, comma 2 della legge n. 287 del 1990, dovrebbe poi pervenirsi alla conclusione della competenza della Corte d'appello».

E proprio quest'ultimo, non trascurabile, particolare ha rappresentato immediatamente il *punctum dolens* della pronuncia²⁸: il riconoscimento della competenza funzionale delle Corti d'appello, ancorché presenti l'indubbio vantaggio di affidare le decisioni delle controversie in questione ad un consesso giudiziario specializzato ed esperto (anche in materia di diritto comunitario), comporta un notevole (talvolta proibitivo) aggravio dei costi processuali (vista la necessità di una difesa tecnica per il ricorrente e considerata la dislocazione territoriale delle Corti in questione), ed inoltre produce, quale contropartita alla riduzione dei rischi di lungaggini del processo (garantita dal salto di un grado di giudizio), la perdita dei benefici derivanti da una duplice possibilità di revisione giudiziaria²⁹.

Identiche preoccupazioni erano sorte, del resto, anche ad alcune autorità giurisdizionali statali, le quali, preconizzando la presa di posizione della Corte di cassazione, prima ancora che quest'ultima si pronunciasse a Sezioni Unite (ed arrivasse dunque ad ammettere i consumatori tra i soggetti legittimati ad agire di fronte alle Corti di appello), avevano iniziato a chiedersi se una siffatta impostazione fosse realmente conforme agli impegni derivanti dall'appartenenza alla Comunità europea³⁰.

²⁸ Non a caso la sentenza ha suscitato la repentina rivolta delle più importanti associazioni italiane dei consumatori.

²⁹ Peraltro, la Corte costituzionale ha rilevato che quello relativo al doppio grado di giudizio non è un diritto di rilevanza costituzionale (cfr., tra le tante, le sentenze n. 238 del 1976; n. 8 e n. 69 del 1982; n. 52 del 1984; n. 301 del 1986 e n. 395 del 1988).

³⁰ Pare opportuno rammentare che nella sentenza del 9 settembre 2003 in causa n. C-198/01, *CIF*, cit. *supra*, nota 8 (punto 45) la Corte di giustizia ha chiaramente evidenziato che «sebbene di per sé gli artt. 81 CE e 82 CE riguardino esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, ciò non toglie che tali articoli, in combinato disposto con l'art. 10 CE (...) obbligano gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza (...)». Partendo da queste premesse i giudici comunitari sono giunti a stabilire nella stessa decisione (punti 48 e 51) finanche l'obbligo di disapplicazione, ad opera dell'AGCM, della legge *antitrust* italiana e di applicazione diretta degli artt. 81 e 82 CE (anche in apparente dispregio al "principio di sussidiarietà"). Più in particolare la Corte di Lussemburgo ha affermato (nei punti 48 e 51) che «il principio del primato del diritto comunitario esige che sia disapplicata qualsiasi disposizione (...) nazionale in contrasto con una norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore a quest'ultima (...) poco importa che, nell'ipotesi che la normativa nazionale imponga a delle imprese l'adozione di comportamenti anti-concorrenziali, non possa essere addebitata a queste anche una violazione degli artt. 81 CE e 82 CE». Un'identica conclusione sembrano suggerire le recentissime novità legislative comunitarie. Si pensi, in particolare, al Regolamento n. 1 del 2003, che nei *considerando* n. 7 e n. 21 parla incontrovertibilmente di un diritto al risarcimento dei danni anche per i privati, vittime di infrazioni *antitrust*, ed auspica un'attività di cooperazione tra le autorità giudiziarie nazionali e comunitarie (secondo il famoso «principio di leale cooperazione», di cui all'art. 10 CE), in maniera tale che alle norme del Trattato sia data una corretta e uniforme applicazione in tutto il territorio europeo. Per una dettagliata analisi dei principi fondamentali su cui si basa il Regolamento in questione, cfr. F. CAPELLI, *Principi, obiettivi e filosofia della nuova disciplina antitrust comunitaria*, in questa *Rivista*, 2007, p. 5 ss. Di analogo tenore appaiono, del resto, le norme contenute nella direttiva n. 2005/29/Ce, dell'11 maggio 2005, relativa alle «pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori», in *Gu-Ue* n. L 149 dell'11 giugno 2005 e nel Regolamento n. 2006/2004, del 27 ottobre 2004, «sulla cooperazione per la tutela dei consumatori», in *Gu-Ue* n. L 364 del 9 dicembre 2004, p. 1.

Sembrava, infatti, evidente che la vicenda R.C. Auto, avendo riguardato l'intero territorio nazionale e coinvolto perfino alcune imprese di altri Paesi europei, chiamasse in causa non solo la disciplina *antitrust* italiana, ma anche quella comunitaria³¹.

Non a caso, altrove si era sottolineata l'occasione persa dalle Sezioni Unite per sollecitare un intervento dei giudici comunitari su una serie di questioni, rimaste ad oggi irrisolte, e che consentono di parlare ancora (considerando la portata del dato normativo esistente attualmente in Italia e l'interpretazione ed applicazione datane dai giudici supremi) di un endemico ed insuperato *deficit* di garanzia della *Consumer protection*, anche (o, forse, soprattutto) nel settore *antitrust*³².

Infatti, perfino la decisione presa recentemente dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite, se non accompagnata da adeguati correttivi del legislatore, finalizzati a garantire una piena tutela dei contraenti non qualificati sul mercato, potrebbe suscitare seri dubbi circa la conformità a costituzione della normativa *antitrust* italiana³³, oltre a sottolineare la difficile compatibilità della

³¹ Il Giudice di pace di Bitonto, ad esempio, decideva di rimettere una serie di questioni interpretative alla Corte di giustizia, con le ordinanze del 6 ottobre 2003 (cause n. C-438/03 e n. C-439/03), del 21 novembre 2003 (causa n. C-509/03), e del 20 dicembre 2003 (causa n. C-2/04). L'autorità pugliese chiedeva, in particolare, «se si ponga in contrasto col diritto comunitario della concorrenza e/o coi principi fondamentali (...) dell'art. 6 e 13 della CEDU) una normativa nazionale di tenore analogo a quello (...) della legge italiana n. 287 del 1990 che imponga al consumatore o comunque ad un terzo estraneo (...) di rivolgersi per ottenere il risarcimento dei danni ad un giudice diverso da quello che sarebbe competente per materia valore e territorio in applicazione delle regole nazionali ordinarie sulla competenza, comportando (...) un aggravio di costi e tempi di giudizio». La Corte di giustizia, con un'ordinanza dell'11 febbraio 2004, riteneva i rinvii irricevibili, per una serie di vizi, legati ad una cattiva formulazione dei quesiti, quali la mancanza di indicazioni sul «contesto di fatto e di diritto nel quale si inseriscono le questioni sollevate» o sulle «disposizioni nazionali cui dare, eventualmente, un'interpretazione conforme ovvero da disapplicare».

³² Sia consentito rinviare ad A. FERRARO, *Competition Law and Consumer Protection*, cit. supra, nota 3, *passim*. Si consideri che sensibili novità potrebbero aversi, sia pur solo sul piano del diritto amministrativo, con la riforma introdotta dal d.l. n. 223 del 4 luglio 2006 (Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale, in *Guri* n. 153 del 4 luglio 2006; rettifica in *Guri* n. 159 dell'11 luglio 2006), il cui art. 14 prevede che «le imprese possono presentare impegni tali da far cessare l'infrazione. L'Autorità, qualora ritenga tali impegni idonei (...) può renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'illecito. L'Autorità in caso di mancato rispetto degli impegni (...) può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato (...) e può d'ufficio riaprire il procedimento se: a. si modifica la situazione di fatto rispetto ad un elemento su cui si fonda la decisione; b. le imprese interessate contravvengono agli impegni assunti; c. la decisione si fonda su informazioni (...) incomplete inesatte o fuorvianti».

³³ Sul punto, cfr., tra i tanti, P. MARZOLINI, *Problemi in tema di tutela giudiziale antitrust*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Parte II, 2007, p. 169 ss.; R. MASTROIANNI, *Osservazioni in merito alla effettività del sistema italiano di tutela decentrata*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 89. I "gravi indizi" di incostituzionalità della disposizione *de qua*, rispetto ad una serie di articoli della Costituzione italiana, primi fra tutti gli artt. 2, 3, 11, 24 e 41, potrebbero rinvenirsi oggi nella mancata menzione (espressa) dei consumatori tra i soggetti tutelati dalla normativa in parola, nonché nella previsione secondo cui le azioni per il risarcimento dei danni debbano essere proposte innanzi alla Corte d'appello. Si consideri, tuttavia, che anche recentemente la Consulta italiana, investita di una questione analoga a quella qui evidenziata, ha dichiarato la «manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 33, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (...) sollevata, in

stessa rispetto agli obblighi di derivazione comunitaria ed europea in genere³⁴. Non è inutile ricordare, da questo punto di vista, che, anche a prescindere dall'applicabilità o meno dell'art. 81 alle controversie in oggetto, sono gli stessi artt. 2, 3 e 10 del Trattato a vincolare gli Stati membri ad una tutela effettiva della concorrenza nei propri ordinamenti giuridici³⁵.

3. La sentenza *Manfredi* della Corte di giustizia ed il problema della dimensione comunitaria del caso R. C. Auto

L'annosa questione concernente l'individuazione delle più appropriate forme di tutela da fornire agli *end user* ha costituito oggetto (nell'ambito di alcune controversie sorte tra una serie di consumatori danneggiati dall'intesa rilevata dall'Autorità garante della concorrenza italiana ed una pluralità di società assicurative, tutte già condannate per aver partecipato all'illecito anti-concorrenziale in questione) di una importante presa di posizione della Corte di giustizia³⁶, pronunciata proprio recentemente sulla disciplina *antitrust* applicabile al caso sottoposto al suo esame e, implicitamente forse, sulla conse-

riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., dal Giudice di pace di Ottaviano» e la «manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 33, comma 2, della legge n. 287 del 1990, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, dal medesimo Giudice di pace». Così nell'ordinanza n. 351 del 26 ottobre 2007, reperibile su www.giurcost.org. Cfr., inoltre, alcune decisioni di merito, come quelle della Corte d'appello di Milano, ord. 21 gennaio - 5 febbraio 1992, *Myc e altri*, e sentenza del 14 aprile 1995, *B. B. Center c. Parabella*, entrambe pubblicate su M. TAVASSI - M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 502 ss.

³⁴ Se, infatti, una serie di motivati dubbi presentava la tesi secondo la quale poteva considerarsi comunque garantito il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva dei consumatori, sol perché veniva concessa loro una via di accesso processuale meno impervia, ma anche meno protettiva – e prova ne è stata la predisposizione, ad opera di una serie di associazioni di consumatori, di un modello unico di ricorso individuale di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo (cfr. il sito www.codacons.it/assicurazioni/ricorso_corte_europea.doc) – le stesse, se non più gravi e pressanti, perplessità presenta la nuova soluzione data al problema dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

³⁵ Come ha ricordato, infatti, la Corte di giustizia, nel prevedere l'obbligo di disapplicazione di una norma nazionale contrastante con gli obiettivi comunitari relativi alla realizzazione di un libero mercato, «gli obblighi incombenti agli Stati membri ai sensi degli artt. 3, n. 1, lett. g., CE, 10 CE, 81 CE e 82 CE, che sono distinti da quelli che scaturiscono a carico delle imprese dagli artt. 81 CE e 82 CE, continuano ad esistere, cosicché l'autorità nazionale garante della concorrenza mantiene l'obbligo di disapplicare la misura nazionale di cui si tratta». Così nella sentenza del 9 settembre 2003 in causa n. C-198/01, *CIF*, cit. *supra*, nota 8 (punto 51).

³⁶ Il Giudice di pace di Bitonto con un'ordinanza del 30 giugno 2004, pervenuta nella cancelleria della Corte di Lussemburgo il 13 luglio 2004, decideva, infatti, di rivolgersi nuovamente ai giudici comunitari, in via pregiudiziale, nelle cause (poi riunite, con ordinanza del presidente della Corte, il 28 settembre 2004) *Vincenzo Manfredi* (causa n. C-295/04) c. *Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, *Antonio Cannito* (causa n. C-296/04) c. *Fondiarial Sai SpA*, *Nicolò Tricarico* (causa n. C-297/04), e *Pasqualina Mugolo* (causa n. C-298/04) c. *Assitalia SpA*, precisando stavolta un po' meglio le proprie domande. E queste, grazie anche al "contributo manipolativo" dell'Avvocato Generale L. A. Geelhoed (che nelle sue osservazioni presentate il 26 gennaio 2006 ha tentato di riformulare, in un certo senso, le questioni poste dall'autorità giudiziaria nazionale per renderle più chiare e pertinenti), sono state considerate ricevibili dall'organo giurisdizionale comunitario.

guente compatibilità con gli obiettivi previsti nel Trattato di alcune previsioni contenute nella legge n. 287/1990³⁷.

Il giudice del rinvio, ponendo una serie di questioni pregiudiziali all'organo giurisdizionale di Lussemburgo, ha chiesto a quest'ultimo di pronunciarsi, in primo luogo, sulla possibilità di considerare applicabile al caso R.C.A., oltre alla normativa nazionale, quella comunitaria (ossia l'art. 81 del Trattato CE)³⁸ in ragione dell'«incidenza sul commercio tra gli Stati membri» della controversa vicenda³⁹ (che aveva, peraltro, interessato non solo compagnie assicurative italiane⁴⁰, ma anche quelle di altri Paesi della Comunità⁴¹).

La Corte di giustizia, dopo aver rilevato che l'ultima parola su questo problema spetta al giudice nazionale⁴² (il quale, peraltro, potrebbe sempre ricorrere alla procedura di cui all'art. 234 CE per essere assistito nell'effettuare

³⁷ Un brillante contributo alla lettura del rapporto tra diritto *antitrust* comunitario e nazionale (italiano, in particolare) è contenuto nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, presentate il 3 luglio 2007, nell'ambito del procedimento in causa n. C-280/06, *AGCM c. ETI*, reperibili sul sito www.curia.eu.

³⁸ Un attento studioso ha sottolineato che «l'intesa in esame non riguardava solamente lo scambio di informazioni dirette a ridurre o eliminare la concorrenza sui prezzi, ma riguardava anche lo scambio di informazioni dirette a consentire una più corretta valutazione del rischio e quindi minori costi di esercizio dell'attività assicurativa». Così G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario*, cit. *supra*, nota 5, p. 28. Sul punto, si rinvia, inoltre, alle appropriate osservazioni di M. CARPAGNANO, *Prove tecniche di private enforcement*, cit. *supra*, nota 5, p. 37-38.

³⁹ Secondo una consolidata giurisprudenza comunitaria, per stabilire se un comportamento anticoncorrenziale abbia violato le norme del Trattato, non è necessario provare l'effettiva influenza di tale contegno sul commercio comunitario (cfr. la sentenza del 1° febbraio 1978 in causa n. 19/77, *Millers*, in *Raccolta*, 1978, p. 131, punto 15), essendo sufficiente dimostrare che con un certo margine «di probabilità ed in base ad un insieme di elementi oggettivi di fatto e di diritto, un accordo sia atto ad incidere direttamente o indirettamente, effettivamente o potenzialmente, sulle correnti commerciali tra gli Stati membri» (cfr. le sentenze 9 luglio 1969 in causa n. 5/69, *Völk*, in *Raccolta*, 1969, p. 296, punto 5; 10 luglio 1980 in causa n. 99/79, *Lancôme e Cosparfrance*, in *Raccolta*, 1969, p. 2511, punto 23; e 11 luglio 1985 in causa n. 42/84, *Remia e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1985, p. 2545, punto 22) e che «tale influenza non sia irrilevante» (cfr. le sentenze 28 aprile 1998 in causa n. C-306/96, *Lavico*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1983, punto 16 e 25 ottobre 2001 in causa n. C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 8089, punto 48).

⁴⁰ Peraltro, «la circostanza che ad un accordo partecipino soltanto imprese di un singolo Stato membro non significa che sia esclusa la possibilità che esso incida sugli scambi tra Stati membri. Al contrario, può essere un indizio evidente del fatto che si tratta proprio di questo. La Corte ha infatti più volte ricordato che un'intesa che si estenda a tutto il territorio di uno Stato membro ha, per sua natura, l'effetto di consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal Trattato». Così Geelhoed nel punto 35 delle sue conclusioni, cit. *supra*, nota 36.

⁴¹ Come ha evidenziato l'Avvocato Generale nei punti 37 e 38 delle sue conclusioni al caso in esame, «il semplice fatto che tra i partecipanti all'intesa figurino anche degli stranieri è un elemento di valutazione (importante), ma, considerato di per sé solo, non ancora determinante per poter concludere che in tal modo risulta soddisfatto il criterio dell'incidenza sul commercio tra gli Stati membri. Dai documenti figuranti nel fascicolo processuale, in particolare da quelli dell'Assitalia, risulta che la quasi totalità (precisamente l'87%) delle imprese operanti in Italia hanno partecipato all'intesa vietata (...) questo fatto costituisce un forte indizio che qui si possa parlare di incidenza sul commercio tra Stati membri, di sicuro quando si combina con la partecipazione all'intesa anche di imprese non italiane».

⁴² Cfr. i punti 47 e 51 della sentenza.

la valutazione *de qua*⁴³) ha ricordato che «un'intesa (...) che costituisce una violazione delle norme nazionali sulla tutela della concorrenza, può altresì costituire una violazione dell'art. 81 CE se, in considerazione delle caratteristiche del mercato nazionale di cui trattasi, appaia sufficientemente probabile che l'intesa (...) in esame possa avere un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulla vendita delle polizze di detta assicurazione nello Stato membro interessato da parte di operatori stabiliti in altri Stati membri e che tale influenza non sia insignificante»⁴⁴.

Il Giudice di pace di Bitonto ha, inoltre, interrogato la Corte in relazione all'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 81 del Trattato⁴⁵, ossia sulla possibilità che anche un terzo (nel caso di specie il consumatore), portatore di un interesse giuridicamente rilevante, sia legittimato a far valere la nullità di un'intesa vietata e a chiedere il risarcimento dei danni subiti, ove sussista un nesso eziologico tra la condotta illecita posta in essere dall'impresa ed il pregiudizio riportato dal privato⁴⁶.

A questo riguardo, i giudici comunitari hanno confermato che «chiunque ha il diritto di far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata da tale articolo e, quando esiste un nesso di causalità tra essa e il danno subito, di chiedere il risarcimento di tale danno»⁴⁷.

⁴³ Si rinvia al par. 48 della decisione, in cui i giudici comunitari richiamano la conforme sentenza del 17 ottobre 2002 in causa n. C-79/01, *Payroll e a.*, in *Raccolta*, 2002, I, 8923, punto 29.

⁴⁴ Così nel punto 52 della pronuncia. Si consideri, da questo punto di vista, che, come ha evidenziato S. BASTIANON, *La Corte di Giustizia e le azioni risarcitorie*, cit. *supra*, nota 5, p. 1866, «lo stesso provvedimento n. 8546 dell'Autorità garante (...) aveva evidenziato la presenza di elevate barriere all'entrata costituite innanzitutto dalla necessità di costruire una adeguata e capillare rete per la distribuzione delle polizze, nonché per la liquidazione dei sinistri. Inoltre, considerato che usualmente gli agenti agiscono sulla base di un contratto di esclusiva (...) l'impresa che decide di entrare su tale mercato deve creare una propria rete di agenti completa, con costi elevati e lunghi tempi di realizzazione».

⁴⁵ Si tratta della seconda questione pregiudiziale nelle cause da n. C-295/04 a n. C-297/04 e terza questione pregiudiziale nella causa n. C-298/04.

⁴⁶ Una domanda quasi pleonastica, posto che una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia ha già da qualche decennio fornito utili indicazioni al riguardo, stabilendo che le norme del Trattato a tutela della concorrenza producono effetti diretti (cfr. la sentenza 30 gennaio 1974 in causa n. 127/73, *BRT e SABAM*, in *Raccolta*, 1974, p. 51, punto 16) e attribuiscono ai singoli diritti di cui sono guardiane le autorità giudiziarie nazionali (cfr. le sentenze 18 marzo 1997 in causa n. C-285/95 *P. Guérin automobiles c. Commissione*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 1503, punto 39 e del 20 settembre 2001 in causa n. C-453/99, *Courage*, cit. *supra*, nota 10, punto 23). Gli stessi giudici comunitari hanno poi chiarito da tempo che la nullità delle intese di cui all'art. 81 CE è assoluta e può essere fatta valere da chiunque (cfr. le sentenze 1° gennaio 1999 in causa n. C-126/97, *Eco Swiss China Time*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3055, punti 36 e 39; 30 giugno 1966 in causa n. 56/65, *Société Technique Minière*, in *Raccolta*, 1966, p. 337; 25 novembre 1971 in causa n. 22/71, *Béguelin*, in *Raccolta*, 1971, p. 949, punto 29 e 6 febbraio 1973 in causa n. 48/72, *Brasserie De Haecht*, in *Raccolta*, 1973, p. 77, punto 26; nonché 20 settembre 2001 in causa n. C-453/99, *Courage*, loc. cit., punto 24).

⁴⁷ Così nel punto 63 della decisione. Nel paragrafo successivo la Corte di giustizia, rinviando a quanto disposto nella sentenza 10 luglio 1997 in causa n. C-261/95, *Palmisani*, in *Raccolta*, 1997, p. 4025, punto 27, precisa, comunque, che «in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta a (...) ciascuno Stato membro stabilire le modalità di esercizio di tale diritto, comprese quel-

Con la terza e quarta domanda pregiudiziale sollevate nei procedimenti in questione⁴⁸, il giudice del rinvio chiedeva ulteriori chiarimenti circa la corretta interpretazione da dare all'art. 81 del Trattato, sia con riferimento all'esatta individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria (per comprendere se occorra considerare, a tal fine, il giorno in cui l'intesa è stata posta in essere, oppure il giorno in cui la stessa è cessata)⁴⁹, sia con riguardo al possibile riconoscimento del potere di liquidare d'ufficio un danno punitivo, «necessario a rendere il danno risarcibile superiore al vantaggio ricavato dal danneggiante, al fine di scoraggiare la posizione in essere di intese o di pratiche concordate vietate»⁵⁰, nelle ipotesi in cui si «ravvisi che il danno liquidabile in base al proprio diritto nazionale sia comunque inferiore al vantaggio economico ricavato dall'impresa danneggiante»⁵¹.

I giudici comunitari si sono rimessi, con riguardo ad entrambe le questioni, al prudente apprezzamento degli organi legislativi e giurisdizionali municipali, rilevando che «in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta a (...) ciascuno Stato membro stabilire», tanto «il termine di prescrizione per chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa (...) vietata

le relative all'applicazione della nozione di "nesso di causalità", purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati».

⁴⁸ Si tratta dei quesiti proposti nelle cause da n. C-295/04 a n. C-297/04, ai quali corrispondono le analoghe richieste contenute nella quarta e quinta questione pregiudiziale della causa n. C-298/04.

⁴⁹ L'Avvocato Generale, nelle sue conclusioni al caso in questione, ha evidenziato che «non esiste a questo riguardo alcuna normativa comunitaria. I soli termini che vengono fissati sono quelli che figurano nei regolamenti n. 1/2003 e n. 2988/74 (relativo alla prescrizione in materia di azioni e di esecuzione nel settore del diritto dei trasporti e della concorrenza della CEE), ma si tratta di termini che valgono soltanto per l'iniziativa processuale della Commissione. Essi non rilevano per la proposizione di azioni civili di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali».

⁵⁰ Come ha correttamente commentato G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario*, cit. supra, nota 5, p. 28, «nel formulare il quesito il Giudice di Pace aveva evidentemente in mente il problema, oramai classico, dell'arricchimento ottenuto mediante atto illecito. Quando un atto illecito, quale la partecipazione ad una intesa restrittiva della concorrenza, consente al suo autore di realizzare un profitto superiore al danno causato, una responsabilità contenuta entro i limiti di questo danno non è da sola sufficiente a scoraggiare il compimento dell'atto illecito. L'autore dell'illecito può infatti lucrare la differenza tra quanto ha ottenuto mediante la violazione della legge e quanto deve risarcire (...) Per evitare questo fenomeno, si può consentire (...) alla vittima di un danno ingiusto di appropriarsi dei profitti realizzati da controparte mediante la violazione della legge, oppure (...) di ottenere la condanna di controparte al pagamento dei danni punitivi».

⁵¹ Sul punto si rinvia alle considerazioni dell'*amicus curiae* Geelhoed, cit. supra, nota 36, par. 62-70. Egli richiama i *treble damages* della legislazione federale antitrust statunitense, nonché le proposte contenute nel *Libro verde sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, Bruxelles, 19 dicembre 2005, Com(2005)672, (ove viene prospettata la possibilità di raddoppiare il risarcimento del danno in caso di violazione delle norme sui cartelli orizzontali), ed il contenuto del Rapporto Ashurst, *Study on the Commission for Damages in Case of Infringement of the EC Competition Rules* (il quale menziona il Regno Unito, l'Irlanda e Cipro tra i Paesi che prevedono forme di danni punitivi), entrambi consultabili sul sito ufficiale dell'Unione europea, www.europa.eu. Per un commento su questi documenti, cfr. S. BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione*, in *Merc. concurr. e regole*, 2006, p. 321 ss.

dall'art. 81 CE»⁵², quanto «i criteri che consentono la determinazione dell'entità del risarcimento»⁵³, purché siano in entrambi i casi «rispettati i principi di equivalenza e di effettività»⁵⁴.

⁵² Così nel punto 81 della sentenza. Tuttavia, nei par. 78 e 82, si precisa che «è compito del giudice nazionale verificare se una norma nazionale in virtù della quale il termine di prescrizione per chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa (...) vietata dall'art. 81 CE decorre a partire dal giorno in cui tale intesa (...) è stata posta in essere (...) renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno subito (...) in particolare qualora tale norma preveda anche un termine di prescrizione breve e tale termine non possa essere sospeso (...) In una situazione del genere, nel caso di infrazioni continuate o ripetute, non è escluso che il termine di prescrizione si estingua addirittura prima che sia cessata l'infrazione e in tal caso chiunque abbia subito danni dopo la scadenza del termine di prescrizione si trova nell'impossibilità di presentare un ricorso». Per un'accurata analisi dei problemi legati al termine di prescrizione previsto nel nostro ordinamento e sulle possibili soluzioni della questione, cfr. G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario*, cit. supra, nota 5, p. 30 ss., nonché M. CARPAGNANO, *Prove tecniche di private enforcement*, cit. supra, nota 5, p. 40-42. Quest'ultimo evidenzia proprio che «il termine di prescrizione rileva, evidentemente, anche ai fini di un'efficace interazione tra *public* e *private enforcement* del diritto della concorrenza (...) Un termine di prescrizione breve potrebbe compromettere l'esperimento delle azioni fondate su una decisione di condanna dell'Autorità (comunitaria o nazionale) soprattutto quando essa abbia impiegato molto tempo per adottare la decisione definitiva (...) La remissione *tout court* agli ordinamenti (...) nazionali espone il *private enforcement* (...) non solo ad una potenziale ineffettività (...) ma anche ad una inammissibile varietà di esiti processuali oltre che ad una plateale disparità di trattamento dei danneggiati a seconda del foro competente a conoscere le azioni di danno». Il problema della prescrizione è stato più recentemente affrontato dalla stessa Cassazione civile, nella sentenza n. 2305 del 2 febbraio 2007, in *Corr. giur.*, 2007, p. 641 ss., con nota di S. BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni "lungolatenti"*. I giudici di legittimità, dopo aver ampiamente argomentato le ragioni della propria presa di posizione ed aver chiarito che «entra in gioco l'ordinario regime della prova, nel senso che compete a chi eccepisce la prescrizione l'onere di provare (...)», hanno stabilito che «l'azione di risarcimento del danno da intesa anticoncorrenziale (...) si prescrive, in base al combinato disposto degli artt. 2935 e 2947 c.c. in cinque anni dal giorno in cui chi assume di aver subito il danno abbia avuto, usando l'ordinaria diligenza, ragionevole ed adeguata conoscenza del danno e della sua ingiustizia. Il relativo accertamento compete al giudice del merito ed è incensurabile in cassazione, se sufficientemente e coerentemente motivato». Come ha evidenziato R. BIANCHI, *Tutela aquiliana antitrust: verso un nuovo sottosistema della responsabilità civile?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 1634, commentando la decisione in questione «consapevole che i giudici nazionali, in caso di incompatibilità con i principi comunitari, avrebbero dovuto provvedere a disapplicare le norme nazionali, con il rischio di avere esiti imprevedibili nel calcolo della prescrizione, la Cassazione ha preferito intervenire tempestivamente avallando un'interpretazione che pare compatibile con le esigenze salvaguardate dalla Comunità». La pronuncia si conforma, del resto, ad un consolidato indirizzo giurisprudenziale tracciato dalla stessa Corte suprema italiana. Cfr. le sentenze della III sez. civ. del 9 maggio 2000, n. 5913 e del 28 luglio 2000, n. 9927, reperibili in *Giust. Civ., Mass.*, 2000, p. 972 ss. e 1649 ss.

⁵³ Questo è quanto viene affermato nel par. 98 della decisione. Sul punto si rinvia a G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario*, cit. supra, nota 5, p. 29-30.

⁵⁴ Nei punti 99 e 100 della pronuncia, i giudici comunitari precisano che «pertanto, da un lato, in conformità del principio di equivalenza, se (...) il risarcimento esemplare o punitivo può essere riconosciuto nell'ambito di azioni nazionali analoghe alle azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, esso deve poterlo essere anche nell'ambito di queste ultime azioni. Tuttavia, il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento (...) comunitario non comporti un arricchimento senza causa degli aventi diritto. D'altro lato, dal principio di effettività e dal diritto del singolo di chiedere il risarcimento del danno (...) discende che le persone che hanno subito un danno devono poter chiedere il risarcimento non solo del danno reale (*damnum emergens*), ma anche del mancato guadagno (*lucrum cessans*), nonché il pagamento di interessi». L'impossibilità di dare ingresso, attualmente, a meccanismi di tutela come gli *exemplary damages* nell'ordinamento giuridico italiano, è confermato da una serie di sentenze della Corte di cassazione. Cfr., da ultimo, la decisione della III sezione civile, n. 1183 del 19

L'autorità giudiziaria nazionale ha rivolto, infine⁵⁵, alla Corte di giustizia un quesito relativo alla compatibilità col diritto comunitario di una norma interna a tutela della concorrenza sul mercato, che imponga (così come fa l'art. 33 della legge n. 287/1990) la promozione di un'azione risarcitoria per violazione del diritto *antitrust* dinanzi ad un giudice diverso da quello competente secondo le ordinarie regole processuali nazionali (aggravando, peraltro, in tal modo i costi ed i tempi di giudizio, con un chiaro effetto dissuasivo nei confronti dei terzi interessati ad intentare azioni processuali)⁵⁶.

L'organo di Lussemburgo ha risposto che «in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta a (...) ciascuno Stato membro designare i giudici competenti a conoscere dei ricorsi per risarcimento danni fondati su una violazione delle regole di concorrenza comunitarie e stabilire le modalità procedurali di tali ricorsi, purché le disposizioni di cui trattasi non siano meno favorevoli di quelle relative ai ricorsi per risarcimento danni fondati su una violazione delle norme nazionali in materia di concorrenza e (...) non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno»⁵⁷.

Anche sulla base di quest'ultimo inciso, si può asserire che, nonostante nulla di nuovo sia sembrato, in definitiva, emergere dalla sentenza pregiudiziale *Manfredi* e dalle prudenti scelte effettuate dai giudici comunitari, la pronuncia della Corte di Lussemburgo ha certamente il merito di aver puntato nuovamente i riflettori sul rapporto (dai confini spesso incerti e assai sfumati) tra la disciplina *antitrust* comunitaria e quella nazionale⁵⁸, il quale,

gennaio 2007, in *Corr. giur.*, 2007, p. 497 ss., con nota di P. FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la cassazione blocca lo sbarco*.

⁵⁵ Si tratta, invero, della seconda (e probabilmente la più interessante) questione pregiudiziale della causa n. C-298/04.

⁵⁶ L'Avvocato Generale, con riguardo a questo problema, ha evidenziato (nel punto 51) che «se la durata del procedimento o i relativi costi risultano sproporzionati, l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario sarà frustrato».

⁵⁷ Punto 72 della sentenza.

⁵⁸ Cfr., sul tema in questione, G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, Editrice Clueb, 1991, *passim*; R. ALESSI - G. OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, cit. *supra*, nota 6, *passim*; F. MUNARI, *Le regole di concorrenza nel sistema del Trattato*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Diritto Privato dell'Unione europea*, tomo II, Torino, Giappichelli, 2006, p. 1451 ss.; F. CAPELLI, *La riforma della disciplina comunitaria della concorrenza e i nuovi compiti affidati ai giudici nazionali (con particolare riferimento alla situazione italiana)*, in questa Rivista, 2000, p. 395 ss.; P. AUTERI, *I rapporti tra la normativa antitrust nazionale e quella comunitaria dopo la legge comunitaria 1994*, in *Contr. impr./Europa*, 1996, p. 535 ss.; A. RAFFAELLI, *I giudici nazionali ed il diritto comunitario della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 1; M. MEROLA - G. RIZZA BAJARDO, *Tutela della concorrenza nella legge n. 287/90: rapporti con l'ordinamento comunitario*, in *Giur. it.*, IV, 1991, c. 520 ss.; S. PIERI, *La legge antitrust ed il diritto comunitario della concorrenza. Problemi di giurisdizione e di competenza*, in questa Rivista, 1991, p. 323; M. V. BENEDETTELLI, *Sul rapporto fra diritto comunitario e diritto italiano della concorrenza*, in *Foro it.*, IV, 1990, c. 235 ss.

come è noto, ha visto contrapporsi varie impostazioni, non solo in dottrina⁵⁹ e giurisprudenza⁶⁰, ma anche tra gli stessi legislatori nazionali e le istituzio-

⁵⁹ Si è parlato, ad esempio, di teorie della c.d. «doppia barriera» (o «del concorso») e della c.d. «barriera unica» (o «esclusione reciproca»), alle quali potrebbe aggiungersi un terzo, interessante, modello operativo, quello della «barriera unica omogenea». Vedasi, sul punto, G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, cit. supra, nota 22, p. 533 ss., nonché F. DENOZZA, *Un nuovo modello per i rapporti tra diritto comunitario e diritto antitrust nazionale: la barriera unica omogenea*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 640 ss. Per i sostenitori della «doppia barriera» non occorre preoccuparsi di evitare che la medesima fattispecie possa essere oggetto di valutazione sulla base sia del diritto interno sia di quello comunitario, poiché in ogni caso gli illeciti di portata sovranazionale sarebbero soggetti anche all'applicazione delle norme interne, in quanto produttivi di effetti a livello nazionale. Questa impostazione è stata sviluppata dalla dottrina tedesca. Secondo A. FRIGNANI-M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, Utet, 1996, p. 101, nota 10, la teoria è frutto della filosofia pan-oggettivistica che ispira la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (in particolare, tale ipotesi è stata sostenuta da VON DER GROEBEN, in *Rivista di diritto commerciale*, 1962, I, p. 329 e NIEDERLEITHINGER, in *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters*, 1968, p. 375). Tuttavia, come è stato rilevato da più parti, si tratta di un sistema eccessivamente severo (e costoso) per le imprese, poiché costringe queste ultime a sottoporsi ad un duplice livello di controlli, col rischio di paralisi delle attività economiche svolte, causate dall'esito negativo di anche una sola delle verifiche. Viceversa, secondo la teoria della barriera unica (che sembra essere accolta tanto dal legislatore italiano quanto dalla Commissione), gli illeciti anticoncorrenziali sono repressi esclusivamente dal diritto CE, applicato dalle autorità comunitarie e dai giudici ordinari, a meno che non si tratti di questioni che rientrano nel campo di applicazione del solo diritto nazionale: il quale non può comunque mettere a repentaglio il perseguimento degli obiettivi sanciti dal Trattato. Come si è tentato di dimostrare altrove (sia consentito un rinvio ad A. FERRARO, *Competition Law and Consumer Protection*, cit. supra, nota 3, p. 390), ad esempio, l'esistenza di una disciplina troppo proibitiva in uno Stato (come accade oggi nel Regno Unito, che, con l'approvazione del *Competition Act* del 2002, prevede addirittura sanzioni penali per gli imprenditori che pongono in essere comportamenti anticoncorrenziali), ancorché "indistintamente applicata" (prevista cioè sia per gli operatori economici stranieri che nazionali), potrebbe costituire una barriera all'entrata per le imprese provenienti da altri Paesi, più liberali. Con specifico riferimento alla disciplina *antitrust* italiana e al suo rapporto con quella comunitaria, molto interessante appare, invece, il modello della "barriera unica omogenea", delineato da un autorevole studioso italiano (F. DENOZZA, *Un nuovo modello per i rapporti tra diritto comunitario e diritto antitrust nazionale*, cit. supra, nota 59, p. 640 ss.) partendo dall'analisi dell'art. 1, comma 4, della legge n. 287 del 1990, a mente del quale «l'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza». Vi sarebbero, secondo l'esperto, due sistemi di controllo, nazionale e comunitario, tra loro alternativi ma ispirati alla medesima *ratio*, con un obbligo per il giudice nazionale ad una interpretazione del dato interno conforme a quello comunitario. Questa lettura del rapporto tra diritto *antitrust* comunitario e nazionale appare la più corretta, anche al fine di realizzare nello *spazio giuridico europeo* una totale armonizzazione, *rectius*: uniformazione, della normativa anticoncorrenziale (non si dimentichi che, anche nell'art. 3 del progetto di Trattato sul funzionamento dell'Unione europea – come già nell'art. I-13 del vecchio Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa – la materia della concorrenza viene annoverata tra quelle attribuite in maniera esclusiva all'Unione europea).

⁶⁰ Come ha rilevato G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, cit. supra, nota 22, p. 536, dopo aver esaminato le summenzionate teorie dottrinali della barriera unica e della barriera doppia, «da parte sua la Corte di giustizia ha elaborato una teoria che può essere considerata una via di mezzo tra le due opposte teorie». Il diritto comunitario riconosce l'applicazione cumulativa delle disposizioni nazionali su fattispecie già assoggettate alle norme del Trattato, mantenendo comunque il primato di quest'ultimo. Al riguardo, si rinvia ad una consolidata giurisprudenza, inaugurata dalla sentenza *Walt Wilhelm* del 13 febbraio 1969 in causa n. 14/68, in *Raccolta*, 1969, p. 1 e confermata dalle sentenze, tutte in data 10 luglio 1980, in causa n. 253/78, *Procureur de la République e altri c. Bruno Giry e Guerlain SA e altri*, in *Raccolta*, 1980, p. 2327; in causa n. 37/79, *Anne Marty SA c. Estée Lauder SA*, ivi, p. 2481; in causa n. 99/79, *Lancôme*, ivi, p. 2511. Nella sentenza *Walt Wilhelm*, loc. cit., in particolare, la Corte ha sostenuto che «un'intesa può, in linea di massima, costituire oggetto di due procedimenti paralleli, l'uno dinanzi alle autorità comunitarie (...) l'altro dinanzi alle autorità nazionali in applicazione del diritto interno», tuttavia, «onde salvaguardare la finalità generale del Trattato, tale applicazione parallela della disciplina nazionale è possibile solo in quanto non pregiudichi l'uniforme applicazione, nell'intero mercato comune,

ni comunitarie⁶¹.

Per quel che concerne il diritto italiano, sarà utile ricordare che l'art. 1 della legge n. 287/90 delimita, in negativo, la sfera di applicazione della normativa *antitrust* nazionale, stabilendo che essa si applica «alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni d'impresе che non ricadono nell'ambito di applicazione (...) degli artt. 85 e/o 86 del Trattato CEE, dei regolamenti della CEE o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata», ossia a fattispecie anticoncorrenziali che non pregiudichino il commercio tra Stati membri (perché, se così fosse, entrerebbe in gioco la disciplina comunitaria)⁶².

Non si può, d'altra parte, escludere che la medesima condotta illecita possa rilevare anche sul piano del diritto nazionale della concorrenza, il quale, tendenzialmente, potrebbe essere applicato parallelamente a quello comunitario⁶³ (sia pur nel rispetto della preminenza di quest'ultimo, e, quindi, solo nel-

delle norme comunitarie sulle intese e il pieno effetto dei provvedimenti adottati in applicazione delle stesse». Successivamente, con la sentenza *Procureur de la République e altri c. Bruno Giry e Guerlain SA e altri*, cit., la Corte ha confermato questo orientamento, riconoscendo, inoltre, la possibilità per le autorità nazionali degli Stati membri di esaminare le pratiche relativamente agli effetti che queste possono produrre sul proprio territorio, anche a seguito di un'attestazione comunitaria negativa.

⁶¹ Gioverà, anzitutto, evidenziare che la Commissione europea (guardiana del Trattato e, quindi, anche del rispetto delle regole comunitarie a tutela della concorrenza) ha sempre tentato di ampliare i poteri degli organi nazionali con specifico riferimento all'*enforcement* degli artt. 81 e 82, adottando finanche, in conformità ad una costante giurisprudenza della Corte di Lussemburgo (cfr., per tutte, la sentenza *Delimitis c. Henninger Brau AG*, del 28 febbraio 1991 in causa n. C-234/89, in *Raccolta*, 1991, I, p. 935 e in *Foro it.*, 1993, IV, c. 30), una *Comunicazione relativa alla cooperazione tra Commissione e giudici nazionali per l'applicazione degli articoli 85 ed 86 del Trattato* (in *Guce* n. C 39 del 13 febbraio 1993, p. 6) volta ad incoraggiare (anche in forza del dovere di leale cooperazione) la partecipazione delle pubbliche autorità (soprattutto giurisdizionali), ma anche dei soggetti privati, nell'applicazione delle norme *antitrust*, e a stabilire la piena compatibilità dell'applicazione del diritto nazionale della concorrenza con quella del diritto comunitario (purché l'efficacia ed esecuzione di quest'ultima non ne risulti compromessa). Questo stesso orientamento è stato seguito negli anni immediatamente successivi dalla Corte di giustizia, che, ribadendo il riconoscimento di un ampio potere decisionale, in materia, alla Commissione (cfr. la sentenza del 18 settembre 1992 in causa n. T24/90, *Automec II*, in *Raccolta*, 1992, II, p. 2223), ha legittimato quest'ultima a prendere nuove importanti iniziative sul tema, inducendola, ad esempio, ad emanare, nella seconda metà degli anni novanta, una nuova *Comunicazione concernente la cooperazione tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri per l'esame dei casi disciplinati dagli articoli 81 e 82 del Trattato CE* (in *Guce* n. C 313 del 15 ottobre 1997, p. 3), recepita in Italia dalla legge comunitaria n. 52 del 6 febbraio 1996. Le imprese sono state esplicitamente invitate a rivolgersi con maggiore frequenza alle Autorità nazionali garanti della concorrenza, per ridurre il numero di denunce presentate alla Commissione nei casi in cui le *Authority* fossero in grado di dar loro efficacemente seguito. Peraltro, identica sembra essere stata la filosofia che ha accompagnato l'elaborazione della *Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE*, in *Gu-Ue* n. C 101 del 27 aprile 2004, p. 54 (che ha sostituito la *Comunicazione* del 1993) e del già citato Regolamento n. 1 del 2003, di modernizzazione e decentramento del diritto comunitario della concorrenza. Per il testo di quest'ultimo documento normativo, accompagnato da un ottimo commento, cfr. A. ADINOLFI - L. DANIELE - B. NASCIBENE e S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁶² Si rinvia, al riguardo, alla *Comunicazione* della Commissione del 27 aprile 2004, *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*, in *Gu-Ue* n. C 101 del 27 aprile 2004, p. 81.

⁶³ L'art. 3 del Regolamento n. 1/2003 stabilisce *expressis verbis* che «quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione naziona-

la misura in cui non pregiudichi gli obiettivi fondamentali del Trattato)⁶⁴.

Alla luce di quanto sin qui evidenziato, si può ragionevolmente affermare che, pur in assenza di una netta posizione degli organi comunitari sul punto, dalle considerazioni dei giudici di Lussemburgo, dalle conclusioni dell'Avvocato Generale e dalle osservazioni proposte dalla Commissione, risulta evidente che nel caso R.C.A. sono presenti tutte le condizioni (previste anche da una decennale giurisprudenza della Corte di giustizia) perché si possa parlare di una vicenda dalla portata sovranazionale, e perfettamente rientrante, dunque, nella sfera di applicazione della *Competition Law* comunitaria⁶⁵, con tutte le conseguenze che da ciò discendono, non solo dal punto di vista processuale e sostanziale, ma anche sotto il profilo del dovere di cooperazione previsto dal Regolamento comunitario n. 1/2003 (in particolare, dagli artt. 15 e 16)⁶⁶.

le in materia di concorrenza ad accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate ai sensi dell'art. 81, par. 1, del trattato che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi di detta disposizione, esse applicano anche l'art. 81 del trattato a siffatti accordi, decisioni o pratiche concordate». Come ha correttamente commentato L. DANIELE, *Commento all'art. 3 del Regolamento n. 1/2003*, in A. ADINOLFI - L. DANIELE - B. NASCIMBENE e S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, cit. supra, nota 61, p. 42, il ricorso alla disciplina *antitrust* comunitaria per i «casi rientranti contemporaneamente nel campo d'applicazione del diritto comunitario e in quello del diritto nazionale della concorrenza costituisce per le AGC e per le giurisdizioni nazionali attività obbligatoria, da esercitare d'ufficio, anche in mancanza di richiesta delle parti, nei termini indicati dalla giurisprudenza». Lo stesso autore rinvia alle sentenze della Corte di giustizia 14 dicembre 1995 in cause riunite n. C-430/93 e n. C-431/93, *van Schijndel*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4705 e del 1° giugno 1999 in causa n. C-126/97, *Eco Swiss*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3055. D'altra parte, come ha sottolineato l'Avvocato Generale nelle conclusioni presentate l'11 febbraio 2003 nella causa n. C-213/00 P, *Italcementi SpA c. Commissione*, punto 91 e nella causa n. C-217/00 P, *Buzzi Unicem SpA c. Commissione*, punto 173 «non si può parlare all'interno dell'Unione europea, di ambiti diversi, quello comunitario e quelli nazionali, come se si trattasse di compartimenti stagni». La sentenza relativa è del 7 gennaio 2004 nelle cause riunite n. C-204/00 P, n. C-205/00 P, n. C-211/00 P, n. C-213/00 P, n. C-217/00 P e n. C-219/00 P, *Aalborg Portland e altri c. Commissione*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 123).

⁶⁴ Da ciò deriva che, da un lato, un comportamento vietato dal diritto comunitario non potrà essere consentito dal diritto nazionale, dall'altro, una pratica, consentita dalla normativa comunitaria, ben potrebbe risultare vietata da quella nazionale (a meno che non si tratti di una fattispecie espressamente esentata dal diritto comunitario e come tale non suscettibile di alcun divieto a livello statale).

⁶⁵ A rigore, anzi, nulla esclude che possa essere avviato addirittura un nuovo procedimento sanzionatorio, ad opera della Commissione stavolta, per violazione dell'art. 81 del Trattato CE. Sulle conseguenze dell'apertura di un procedimento simile, cfr. il commento all'art. 11 del Regolamento n. 1/2003 di S. BASTIANON, in A. ADINOLFI - L. DANIELE - B. NASCIMBENE e S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, cit. supra, nota 61, p. 147 ss.

⁶⁶ Cfr. i commenti a queste due disposizioni comunitarie forniti, rispettivamente, da C. FAVILLI - A. ADINOLFI, in A. ADINOLFI - L. DANIELE - B. NASCIMBENE e S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, loc. cit., p. 176 e ss. e 188 ss. Si rinvia, inoltre, sul punto a F. CAPELLI, *Principi, obiettivi e filosofia della nuova disciplina antitrust comunitaria*, cit. supra, nota 30, p. 17.

3.1 *Segue: La competenza a livello locale torna al Giudice di pace? La necessità di una nuova presa di posizione della Suprema Corte di cassazione conforme al diritto comunitario*

Come si è già accennato, la Corte di giustizia nella sentenza *Manfredi* non si è avventurata (né, forse, avrebbe potuto legittimamente farlo) nella difficile indagine concernente l'individuazione del giudice competente a decidere le controversie nascenti dal caso R. C. Auto (anche nelle ipotesi in cui a quest'ultimo si debba applicare l'art. 81 CE), rinviando, *more solito*, alla libera discrezionalità del legislatore e degli organi giurisdizionali statali (sia pur nel rispetto, come si è detto, dei principi di equivalenza e di effettività⁶⁷).

Apparivano, dunque, immediatamente prospettabili tre soluzioni: lasciare (come è accaduto sino al 2005) alle ordinarie regole processuali l'individuazione dell'autorità che avrebbe dovuto conoscere delle questioni rientranti nell'orbita della *Competition Law* comunitaria, ossia il Tribunale o il Giudice di pace (a seconda del valore della controversia)⁶⁸; ovvero, per onorare il principio di equivalenza (tradendo però, evidentemente, quello di effettività), prevedere anche in simili ipotesi la competenza della Corte d'appello (senza continuare a distinguere cioè tra contese aventi dimensione nazionale o sovranazionale⁶⁹), trattandosi di un organo al quale è stato funzionalmente attribuito il compito di decidere le controversie di diritto civile in materia *anti-*

⁶⁷ Si prenda in considerazione, a tal proposito, quanto stabilito dallo stesso *leading case* comunitario (ossia dalla sentenza del 20 settembre 2001 in causa n. C-453/99, *Courage*, cit. *supra*, nota 10, punto 29, anch'essa richiamata dalla stessa ordinanza in commento). La Corte di giustizia, in particolare, osservava in quella famosa sentenza che «in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta a (...) ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, purché dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)». Questa statuizione (confermata nel punto 71 della sentenza *Manfredi*), da un lato, ribadisce il contenuto della sentenza 16 dicembre 1976 in causa n. 33/76, *Rewe*, in *Raccolta*, 1976, p. 1989, punto 5, dall'altro, sembra ricollegarsi a quanto previsto nella *Relazione sulla politica di concorrenza 1993* della Commissione europea, in *Guce* n. C 39 del 1993, p. 6. Cfr. S. BASTIANON, *Intesa illecita e risarcimento del danno*, cit. *supra*, nota 9, p. 1154.

⁶⁸ Strenui sostenitori del riconoscimento al giudice di primo grado della competenza ad applicare il diritto della concorrenza comunitario (e, forse, perfino nelle ipotesi in cui si tratti di infrazioni rientranti contemporaneamente nel campo di applicazione della disciplina *antitrust* nazionale) sono apparsi M. TAVASSI - M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, cit. *supra*, nota 33, p. 211; P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 424 ss.; R. MASTROIANNI, *Osservazioni in merito alla effettività del sistema italiano*, cit. *supra*, nota 33, p. 89.

⁶⁹ Si valuti, da questo punto di vista, quanto evidenziato dai giudici comunitari, nel punto 70 della sentenza *Manfredi*, ove si legge che «per quanto riguarda la questione se l'art. 33, n. 2, della legge n. 287/90 si applichi alle sole azioni di risarcimento danni fondate sulla violazione delle norme nazionali in materia di concorrenza o anche alle azioni di risarcimento danni fondate sulla violazione degli artt. 81 CE e 82 CE, la Corte non è competente ad interpretare il diritto interno né ad esaminare la sua applicazione al caso di specie».

*trust*⁷⁰; oppure, ancora, rimettere al consumatore la scelta circa l'autorità giurisdizionale cui ricorrere per far valere le proprie pretese (invocando, ad esempio, solo la violazione del diritto della concorrenza comunitario, ovvero anche quello nazionale⁷¹), posto che l'art. 81 del Trattato detta norme giustiziabili di fronte a tutti gli organi pubblici statali (giurisdizionali *in primis*)⁷².

Si consideri che, una volta scartata la seconda delle opzioni proposte (come sembrano suggerire gli stessi giudici di Lussemburgo e l'Avvocato Generale nel caso *Manfredi*), poiché essa metterebbe chiaramente a repentaglio la realizzazione dell'irrinunciabile obiettivo dell'*effect utile* del diritto comunitario⁷³ (in quanto limiterebbe eccessivamente la possibilità per il privato di vedere tutelato un suo interesse comunitariamente tutelato⁷⁴), tanto la prima soluzione, che sembrerebbe trovare un suo riscontro nella prassi (come rilevato dalla stessa Commissione⁷⁵ e dall'*amicus curiae*⁷⁶), quanto la terza, che di

⁷⁰ Sembrano escludere, già da tempo, questa possibilità M. TAVASSI - M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, cit. *supra*, nota 33, p. 195, pur auspicandone una futura realizzazione (p. 198 ss.). Favorevole al riconoscimento della competenza della Corte d'appello, ma con alcuni doverosi correttivi, per renderne più agevole l'accesso agli interessati sono apparsi anche S. LA CHINA, *Diritto processuale civile: la novella del 1990*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 172 e M. HAZAN, *I rimborsi dei premi r.c.a.*, cit. *supra*, nota 16, p. 906.

⁷¹ L'Avvocato Generale sottolineava nelle sue conclusioni che «le autorità nazionali, e quindi anche la Corte d'appello, quando applicano il diritto nazionale della concorrenza, devono tener conto dell'art. 81 CE, almeno quando è soddisfatto il criterio dell'incidenza sul "commercio tra gli Stati membri" (...) In teoria, il litigante dovrebbe in questo modo avere una certa scelta, in quanto (...) potrebbe fondare la sua pretesa unicamente sulla violazione del diritto comunitario della concorrenza (nel qual caso sarebbero competenti unicamente il Giudice di pace o il Tribunale) oppure anche sulla violazione del diritto comunitario (nel qual caso sarebbe competente la Corte d'appello, vista la sua competenza esclusiva a pronunciarsi sul (...) diritto nazionale della concorrenza)». Così nel punto 48.

⁷² Lo stesso *amicus curiae*, tra le diverse opzioni descritte, non sembrava immaginare, peraltro, la possibilità che il ricorrente scelga di agire in giudizio facendo valere solo il diritto *antitrust* italiano, o che, nelle ipotesi in cui entri in gioco sia il diritto comunitario che il diritto nazionale della concorrenza, venga esperita in giudizio una duplice azione, ossia, una di fronte alla Corte d'appello (invocando l'applicazione del diritto *antitrust* nazionale) ed un'altra dinanzi al Giudice di pace (per le violazioni del diritto comunitario). Si legge, infatti, nel punto 50, nota 24, delle sue conclusioni al caso *Manfredi*, che «l'esperimento di azioni distinte sembra inauspicabile per ragioni pratiche ed inoltre potrebbe dar adito a incertezza del diritto e a conflitti di competenza». Peraltro, un'impostazione di tal guisa rischierebbe di contrastare con alcuni principi basilari dell'ordinamento giuridico italiano, quali il *ne bis in idem* ed il divieto di ingiustificato arricchimento.

⁷³ Da questo punto di vista, sarebbe utile ricordare, come ha fatto F. MUNARI, *Le regole di concorrenza nel sistema del Trattato* cit. *supra*, nota 58, p. 1457, che «l'importanza della creazione e del mantenimento di un sistema di concorrenza non falsata all'interno del mercato comune ha spinto la Corte di giustizia ad andare oltre la semplice lettera delle pur numerose norme (...) del Trattato (...) che espressamente si occupano della materia, per individuare invece un principio fondamentale ed obbligatorio nel diritto comunitario (...) consistente nel divieto per gli Stati membri di porre in essere o mantenere in vigore qualsiasi misura idonea a privare le regole di concorrenza del loro effetto».

⁷⁴ Si rinvia, sull'argomento, a R. MASTROIANNI, *Osservazioni in merito alla effettività del sistema italiano*, cit. *supra*, nota 33, p. 89. L'autore ha segnalato l'impossibilità di applicare in via analogica l'art. 33 della legge italiana n. 287/1990, in considerazione della natura eccezionale della norma processuale in essa contenuta, alle controversie rientranti nella sfera di applicazione del diritto *antitrust* comunitario.

⁷⁵ Cfr. i punti 41 ss. delle conclusioni al caso *Manfredi*.

fatto produrrebbe, con grande probabilità, un effetto analogo alla prima⁷⁷, pur avvantaggiando i diritti di provenienza comunitaria⁷⁸, potrebbero avere delle ricadute dirompenti (e poco auspicabili) nell'ordinamento italiano.

In particolare, la possibilità di scegliere se ricorrere al Giudice di pace o alla Corte d'appello, facendo valere o meno la violazione del diritto comunitario, da un lato, favorirebbe una sorta di *forum shopping*⁷⁹ (raggirando il principio fondamentale della «precostituzione per legge del giudice competente»⁸⁰ e ledendo anche quello di certezza del diritto), dall'altro, porrebbe il diritto comunitario su di un piano di superiorità rispetto a quello nazionale, realizzando essenzialmente nuove ipotesi, assai simili a quelle già verificatesi in altre recenti circostanze⁸¹, di «discriminazioni alla rovescia»⁸², a danno del-

⁷⁶ Geelhoed, nel punto 47 delle sue osservazioni del 2006, osservava, infatti, che «la speciale regola di competenza contenuta nell'art. 33 della legge italiana a tutela della concorrenza vale soltanto per le azioni di risarcimento danni fondate sulla violazione della legge italiana sulla concorrenza. Per quanto riguarda le azioni di risarcimento danni esperite a motivo di una violazione degli artt. 81 e 82 CE, vale, senza dubbio, in assenza di norme che dispongano altrimenti, la regola che il giudice competente a pronunciarsi in materia è il giudice che risulta competente in applicazione delle normali regole di competenza» (corsivi aggiunti).

⁷⁷ Infatti, potendo scegliere, l'interessato verosimilmente preferirebbe agire innanzi al Giudice di pace, almeno per le questioni bagatellari.

⁷⁸ Come ha, in effetti, evidenziato l'Avvocato Generale, nel punto 50 delle summenzionate conclusioni, «il principio di equivalenza implica che le regole valide per un'azione fondata sul diritto comunitario non risultino meno favorevoli di quelle che si applicano ad azioni analoghe esperite sulla base del diritto interno. Di ciò non sembra esservi questione nel caso di specie, perché l'azione può essere esperita sia dinanzi al Giudice di pace (nel qual caso si potrebbe addirittura parlare di un vantaggio), sia dinanzi alla Corte d'appello (nel qual caso l'azione basata sul diritto comunitario è trattata in modo assolutamente identico ad un'azione basata sul diritto nazionale)».

⁷⁹ Al quale ha fatto riferimento, sia pur nell'ambito di un tema in parte differente, N. SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, cit. *supra*, nota 22, p. 56 ss.

⁸⁰ A queste perplessità si aggiunga, per complicare il quadro (già sufficientemente confuso), la considerazione, proposta qualche tempo fa da uno studioso, secondo cui se il consumatore intendesse agire in giudizio, non già ai sensi della legge 287 del 1990, né ai sensi dell'art. 81 del Trattato, ma per far valere la violazione dei diritti soggettivi contenuti nell'art. 3, comma 7, della legge 281 del 1998 (oggi art. 2, comma 2, del Codice del consumo), dovrebbe ricorrere ad «azioni individuali per il risarcimento dei danni, azioni per le quali competente è il giudice civile ordinario secondo le normali regole». Così I. SABBATELLI, *R.c. Auto: rimborsi e tutela dei consumatori*, cit. *supra*, nota 18, p. 688. Un simile «tentativo di "aggirare" la competenza esclusiva della Corte d'appello», secondo M. NEGRI, *Risarcimento del danno da illecito antitrust*, cit. *supra*, nota 15, p. 750, «non persuade: non solo perché, secondo la tendenza che va prendendo piede anche in relazione all'analogo tema del concorso tra illecito *antitrust* e concorrenza sleale, ben potrebbe predicarsi l'esclusiva applicabilità della legge *antitrust*, in quanto speciale rispetto alla disciplina "generale" sui diritti dei consumatori».

⁸¹ Proprio come si è già rilevato con riguardo al problema della responsabilità dei magistrati nell'ambito della controversia *Traghetti del Mediterraneo*, decisa con sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 2006 in causa n. C-173/03, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5177, per la quale sia consentito un rinvio al commento di A. FERRARO, *L'illecito comunitario di un organo giurisdizionale supremo*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 518-536 e p. 629-641. Cfr., inoltre, C. DI SERI, *La responsabilità del giudice nell'attività interpretativa: una discriminazione a rovescio?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2006, p. 1116 ss.

⁸² Sul punto si rinvia ad O. PALLOTTA, *Illeciti antitrust, contratti a valle e presunzioni di danno*, in *Contr. e impr./Europa*, 2006, p. 209. Più in generale, sulla nozione di «discriminazione alla rovescia», vedasi N. SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, vol. I, Padova, Cedam, 2003, p. 163.

le situazioni giuridiche di provenienza municipale e a favore di quelle di derivazione sovranazionale (che potrebbero contare su norme processuali sicuramente meno rigide rispetto a quelle utilizzabili per garantire la giustiziabilità delle disposizioni statali)⁸³.

Tutto ciò potrebbe, a lungo andare, indurre il legislatore nazionale ad effettuare (magari dietro un facilmente immaginabile impulso della Corte costituzionale) una modifica della disciplina interna per conformarla (da un punto di vista strettamente processuale stavolta) alla normativa comunitaria⁸⁴, giungendo così a stabilire che, anche con riguardo alle questioni di rilievo meramente nazionale, la competenza sia attribuita ad un giudice (come quello di pace), da un lato "più economico" per il consumatore, dall'altro, però, meno professionale spesso (e, dunque, meno idoneo a garantire l'esatto adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza alla Comunità europea).

Proprio alla luce di quanto sin qui evidenziato sembrerebbe essere assolutamente preferibile, come si è già sottolineato altrove⁸⁵, prevedere in Italia, *de jure condendo*, l'istituzione *ratione materiae* di sezioni specializzate presso il Tribunale di primo grado⁸⁶, competenti ad occuparsi dell'intera materia della *Competition Law*⁸⁷ (tanto nazionale quanto comunitaria)⁸⁸, come è accaduto in

⁸³ La Corte di giustizia, nei punti 66 e 67 della decisione in commento, sottolinea che, così come ha evidenziato anche l'Assitalia, «l'art. 33, n. 2, della legge n. 287/90 si applica alle sole azioni di risarcimento danni fondate sulla violazione delle norme nazionali che tutelano la concorrenza» e che, viceversa, quelle fondate sugli artt. 81 CE e 82 CE, «in assenza di un'espressa previsione di legge, sono di competenza del giudice ordinario. Pertanto, alla luce del principio dell'autonomia procedurale, il giudice nazionale, qualora fosse chiamato a verificare il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività in relazione all'art. 33 della legge n. 287/90, dovrebbe rilevare che la situazione giuridica fondata sul diritto comunitario è maggiormente tutelata, in considerazione della garanzia del doppio grado di giudizio, rispetto a quella fondata sul diritto nazionale».

⁸⁴ Auspicano l'eliminazione di questa evidente disparità di trattamento tra cause comunitarie e cause nazionali, legata proprio al doppio regime processuale esistente in materia *antitrust*, R. INCARDONA e C. PONCIBÒ, *The Corte di Cassazione: Takes "Courage". A recent ruling opens limited rights for consumers in competition cases*, ECLR, 2005, p. 445. Sull'argomento, vedasi anche P. IANNUCELLI, *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in Riv. soc., 2006, p. 795-796.

⁸⁵ Cfr. A. FERRARO, *Competition Law and Consumer protection*, cit. supra, nota 3, p. 381.

⁸⁶ Orientato verso un sistema di tutela della concorrenza fondato sul ruolo principale del Giudice di primo grado nella risoluzione dei conflitti *antitrust*, è sicuramente G. ROSSI, *Antitrust e teoria della Giustizia*, in Riv. soc., 1995, p. 1 ss. Cfr. altresì M. NEGRI, *Risarcimento del danno da illecito antitrust*, cit. supra, nota 15, p. 757. Secondo l'autrice, «le domande di nullità o di "correzione equitativa" del contratto a valle, esulando dal novero dei rimedi contemplati dall'art. 33 comma 2 l. n. 287/90, restrittivamente interpretato, secondo del resto l'orientamento dominante in giurisprudenza, andranno proposte al giudice di primo grado ordinariamente competente, e non alla Corte d'appello».

⁸⁷ Cfr. G. VISAGGIO, *La competenza delle sezioni specializzate in materia di concorrenza sleale ai sensi del C.P.I.*, in Dir. ind., 2007, p. 251.

⁸⁸ Propongono una simile soluzione M. SCUFFI, *I riflessi ordinamentali ed organizzativi del Regolamento comunitario n. 1/2003 sulla concorrenza*, in Corr. giur., 2004, p. 123; M. TAVASSI, *Il regolamento CE n.1/2003: verso la devoluzione di competenze in materia di concorrenza dalla Commissione europea alle autorità garanti ed ai giudici nazionali*, in questa Rivista, 2004, p. 361 e F. CAPELLI, *Principi, obiettivi e filosofia della nuova disciplina antitrust comunitaria*, cit. supra, nota 30, p. 21. D'altra parte, come ha evidenziato un autore, «se il legislatore ha interesse ad affi-

materia di proprietà industriale ed intellettuale⁸⁹, ovvero immaginarne l'affidamento proprio a tali sezioni⁹⁰. Si consideri, del resto, che un intervento legislativo di riforma della disciplina applicabile alle sezioni specializzate da ultimo menzionate appare quanto mai opportuno⁹¹, anche in forza del recentissimo intervento di una pronuncia del giudice delle leggi italiano con cui si è dichiarata la parziale illegittimità costituzionale del Codice della proprietà industriale⁹².

La soluzione prospettata, conforme peraltro a quella adottata in altri ordinamenti europei⁹³, oltre ad evitare i rischi di *deficit* di effettività della tutela

dare la risoluzione di queste controversie, caratterizzate da una certa complessità, ad un giudice meglio attrezzato di quello competente secondo le regole ordinarie, la soluzione più coerente è quella di estendere anche al diritto *antitrust* la competenza delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale, intellettuale, e concorrenza sleale interferente recentemente istituite presso diversi Tribunali e Corti d'appello». Così G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario*, cit. *supra*, nota 5, p. 28. Cfr., inoltre, lo stesso C. OSTI, *Un giudice a Berlino. Controllo giudiziale e dipendenza burocratica da percorso*, Relazione al convegno «Poteri e garanzie nel diritto antitrust: l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione», Roma, 23 luglio 2007, reperibile su www2.assonime.it:81/assonime/homepage.nsf/note_studi-reg.

⁸⁹ Cfr. il capo III («Tutela giurisdizionale dei diritti di proprietà industriale») del dlgo n. 30 del 10 febbraio 2005, *Codice della proprietà industriale* (a norma dell'art. 15 della legge n. 273 del 12 dicembre 2002), in *Guri* n. 52 del 4 marzo 2005, *suppl. ord.*

⁹⁰ Estendendone però il numero, in modo da renderlo superiore (e non inferiore, come lo è attualmente) rispetto a quello delle stesse Corti d'appello. L'art. 16 della legge n. 273 del 12 dicembre 2002 («Delega al Governo per l'istituzione di sezioni dei tribunali specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale») ha, infatti, limitato l'istituzione delle sezioni specializzate in questione a dodici aree distrettuali ed, in conformità a tale previsione, il dlgo n. 168 del 27 giugno 2003 ha istituito («senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato né incrementi di dotazioni organiche») solo dodici sezioni specializzate.

⁹¹ G. MUSCOLO, *Criteri di applicazione degli artt. 81 e 82 nelle controversie tra privati: il ruolo dei giudici nazionali*, versione preliminare della relazione al citato Convegno «Poteri e garanzie nel diritto antitrust», asserendo anzitutto che «una riforma legislativa (...) che attribuisca alle sezioni specializzate per la proprietà industriale e intellettuale del tribunale la competenza alla trattazione di tutte le cause in materia di diritto antitrust, ristabilendo il doppio grado di giudizio, è necessaria», ha rilevato «una ulteriore questione di non poco momento» posta dall'art. 2 del dlgo n. 168/2003 («che, inopinatamente, permette l'attribuzione alle sezioni specializzate di una competenza promiscua in materie diverse dalla proprietà intellettuale e dalla concorrenza, purché ciò non ritardi la trattazione delle cause nella materia specializzata»), ossia la possibilità (già concretizzata in molte sezioni) che la disposizione sia applicata «nel senso di attribuire ai giudici (...) competenza promiscua nelle materie più disparate, con l'ineludibile effetto di un carico di lavoro eccessivo, (...) un inevitabile allungamento dei processi nella materia specializzata (...) e una (...) perdita di specializzazione e (...) professionalità (...) dei giudici addetti alla sua trattazione».

⁹² Si tratta della sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 17 maggio 2007, reperibile su www.giurcost.org, che censura la previsione dell'applicabilità del processo societario alle controversie in materia di proprietà industriale e intellettuale. Cfr. i commenti alla decisione in questione di M. DE CRISTOFARO e A. DI BLASI, *Un'inammissibilità che appare forzata: la Corte non affronta le questioni sul nuovo rito societario...*, unitamente alla postilla di C. CONSOLO, *... Ma subito si industria di rimediare e avvia la razionalizzazione del sistema delle tutele (inutilmente) differenziate*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 927, nonché la nota di M. LAMANDINI, *Dichiarata incostituzionale l'estensione del rito societario ai giudizi in materia industrialistica*, in *Dir. ind.*, 2007, p. 273.

⁹³ Cfr., per tutti, quello francese, ove, con il decreto n. 2005/1756 del 30 dicembre 2005 (applicabile dal gennaio 2006), è stata data attuazione alla previsione sancita nell'art. L. 420-7 del *Code de commerce*, contenente il principio della specializzazione delle giurisdizioni di diritto comune tenute ad occuparsi delle controversie relative agli articoli da L420-I a L420-5 (inseriti nel *Titre II*, «Des pratiques anticoncurrentielles» del *LIVRE IV*, «De la liberté des prix et de la concurrence») del *Code de commerce* e agli artt. 81 e 82 del Trattato CE.

ed i problemi di difformità di trattamento legati al tipo di norma *antitrust* (interna o sovranazionale) da applicare, garantirebbe in linea di principio il massimo della professionalità in capo all'organo giudicante⁹⁴ e consentirebbe anche un migliore controllo da parte dello Stato circa il rispetto degli obblighi di cooperazione che incombono oggi sui giudici nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza⁹⁵.

In assenza di un intervento legislativo finalizzato a rendere più agevole l'esperimento di azioni giudiziarie da parte dei consumatori⁹⁶, sono stati condotti vari tentativi per eludere proprio l'applicazione della disposizione processuale contenuta nella legge n. 287/1990, rilevando, soprattutto⁹⁷, che l'individuazione dell'organo giudiziario competente ad occuparsi delle controversie in materia di diritto della concorrenza dipenderebbe anche dal tipo di pretesa giudiziaria avanzata dai consumatori⁹⁸.

⁹⁴ Come ha sottolineato F. CAPELLI, *Principi, obiettivi e filosofia della nuova disciplina antitrust comunitaria*, cit. *supra*, nota 30, p. 16, «il "punctum dolens" della recente riforma del diritto della concorrenza comunitaria riguarda proprio l'attribuzione ai giudici nazionali della competenza (...) finora (...) riservata in via esclusiva alla Commissione (...) ad applicare direttamente anche l'art. 81, par. 3, del Trattato CE (...) competenza che richiede l'esercizio di un ampio potere discrezionale, dato il genere di indagini, essenzialmente di natura economica, che devono essere effettuate (...) e che difficilmente un giudice, sfornito di adeguata preparazione soprattutto economica, sarebbe in grado di eseguire in modo corretto» (corsivi aggiunti).

⁹⁵ Il secondo comma dell'art. 15 del Regolamento n. 1/2003 stabilisce, infatti, che «gli Stati membri trasmettono alla Commissione copia delle sentenze scritte delle giurisdizioni nazionali competenti a pronunciarsi sull'applicazione dell'art. 81 o dell'art. 82 del trattato. La copia è trasmessa senza indugio dopo che il testo integrale della sentenza scritta è stato notificato alle parti». L'attribuzione della competenza ad applicare il diritto della concorrenza (sia comunitario che nazionale) ad una sezione giudiziaria *ad hoc* istituita gioverebbe sicuramente allo Stato italiano, sotto vari punti di vista, soprattutto ove si consideri che sarebbe poco agevole monitorare il rispetto dell'obbligo sancito nella disposizione comunitaria citata, qualora l'applicazione del diritto *antitrust* comunitario venisse rimessa ai giudici di pace (ma, probabilmente, la stessa difficoltà sorgerebbe anche nell'ipotesi in cui la competenza in questione fosse attribuita alle Corti d'appello, le quali, visto l'enorme carico di lavoro di cui sono gravate, potrebbero omettere di osservare la richiesta proveniente dal diritto comunitario); e, tuttavia, il mancato rispetto del vincolo previsto dal Regolamento n. 1/2003 potrebbe legittimare un'azione di infrazione nei confronti del Paese inadempiente (cfr. A. ADINOLFI, in A. ADINOLFI - L. DANIELE - B. NASCIBENE e S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, cit. *supra*, nota 61, p. 203-204).

⁹⁶ Anche (anzi, soprattutto) dopo che questi ultimi sono stati pienamente annoverati (e da oltre due anni ormai) tra i soggetti meritevoli di godere, al pari delle imprese, della tutela predisposta dalla normativa *antitrust* italiana.

⁹⁷ Considerata l'impossibilità di contare ormai sul difetto di legittimità degli *end user* ad invocare la disciplina nazionale a tutela della concorrenza (come aveva tentato, più o meno consapevolmente, di fare la prima sezione della Corte di cassazione con la sentenza n. 17475 del 2002).

⁹⁸ M. NEGRI, *Risarcimento del danno da illecito antitrust*, cit. *supra*, nota 15, p. 750, rileva proprio che, vista la scarsa linearità e l'assoluta mancanza di coordinamento tra le varie normative italiane a tutela dei consumatori, talvolta questi contraenti deboli (almeno prima della pronuncia della Corte di cassazione a Sezioni Unite) hanno desunto (o voluto desumere) una sorta di concentrazione in capo al Giudice di pace della competenza di qualsiasi causa rientrante nell'orbita *antitrust*, per cui si è verificato che di fronte a tale autorità giudiziaria «siano state esperite domande non solo di risarcimento del danno ex art. 33 legge *antitrust*, ma pure di restituzione dell'indebito ex art. 2033 c.c., ovvero (ancor meno plausibilmente) di ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c.; di riduzione dell'importo della polizza, ed infine di risarcimento del danno, ai sensi però della l. n. 281/1998, sulla tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti».

Poiché l'art. 33, II comma, della legge italiana a tutela della concorrenza parla di competenza esclusiva della Corte d'appello solo per le cause concernenti richieste di risarcimento di danno e di nullità delle intese, vi è chi ha proposto, ad esempio, di ricorrere alle ordinarie regole processuali nelle ipotesi di contese aventi ad oggetto unicamente il rimborso del premio assicurativo eccessivo⁹⁹.

Tuttavia, la Suprema Corte, con la sentenza n. 15270, del 20 luglio 2005 (successiva dunque di qualche giorno alla pronuncia n. 2207 delle Sezioni Unite, richiamando proprio tale decisione), ha escluso la fondatezza di una tale soluzione, e ha evidenziato che il principio secondo cui anche i consumatori possono invocare le norme della legge n. 287/90 (e, necessariamente, di fronte alla Corte d'appello), «deve ritenersi operante sia quando sia stata spiegata azione risarcitoria, sia quando sia stata proposta azione restitutoria ex art. 2033 cod. civ. poiché il soggetto che chiede la restituzione di ciò che ritiene aver pagato per effetto di un'intesa nulla allega pur sempre quest'ultima nonché l'impossibilità giuridica che essa produca effetti»¹⁰⁰. L'impostazione è stata peraltro confermata dai giudici di legittimità (della prima sezione civile)

⁹⁹ Cfr. S. CASCIARO, *Intesa di cartello tra imprese assicuratrici e lesione dei diritti dei consumatori*, in *Giur. di merito*, 2003, p. 1117. Egli ha sostenuto che la competenza della Corte d'appello è «da negare (...) perché il fatto costitutivo della pretesa di rimborso è rintracciabile nell'iniqua pattuizione di aumento ingiustificato del premio (...) in definitiva, la singola pattuizione contrattuale "a valle" sul premio (...) risulterebbe per sé iniqua con conseguente facoltà di esperire un'azione, non già di danno, bensì di ripetizione dell'indebito». Un analogo tentativo è stato, d'altra parte, operato anche da qualche Giudice di pace, come quello di Mercato San Severino, al quale era stato chiesto di condannare una compagnia assicuratrice alla restituzione della somma di euro 205,55 (cui andavano aggiunti gli interessi, ma sempre contenendo il *petitum* entro i limiti che consentissero alla ricorrente di ritenere competente, secondo le ordinarie norme processuali, il Giudice di pace). L'autorità giudiziaria, rilevando che la richiesta del convenuto avesse ad oggetto una ripetizione di indebito e non il risarcimento da illecito *antitrust* (e che pertanto non entrava in gioco la competenza della Corte d'appello ex art. 33 della legge *antitrust*), con sentenza del 20 luglio 2002, accoglieva la domanda e condannava la società alla restituzione della somma richiesta, nonché al pagamento degli interessi e delle spese processuali.

¹⁰⁰ Dello stesso avviso è apparso il Giudice di pace di Cerinola, il quale, in una sentenza dell'11 febbraio 2005 (successiva cioè di solo una settimana rispetto a quella delle Sezioni Unite), si dichiarava incompetente a conoscere di una questione simile, poiché, in ossequio all'impostazione proposta dai giudici supremi, «la riduzione (*rectius*: eliminazione) del sovrapprezzo può considerarsi indubitabilmente rientrante nella fattispecie che il legislatore ha individuato all'art. 33 della legge Antitrust». E ad analoghe conclusioni è giunta la Corte d'appello di Napoli, con la sentenza n. 1310 del 3 maggio 2005, nella quale ha sottolineato che «l'art. 33 della legge n. 287 del 1990 contiene tanto una norma di giurisdizione, quanto una norma di competenza, con la conseguenza che alla Corte d'Appello deve rivolgersi chi allega il comportamento di mercato tenuto da un imprenditore tale da ledere la struttura concorrenziale del medesimo, e dunque ne chieda la dichiarazione di nullità, presupposto dell'eventuale risarcimento (...) Non conduce a conclusione diversa la considerazione della fattispecie restitutoria, in quanto chi richiede la restituzione di ciò, che ritiene di avere pagato in esecuzione di un negozio concluso per effetto di intesa nulla, allega pur sempre quest'ultima e l'impossibilità giuridica che essa produca effetti». Cfr., inoltre, la decisione del Tribunale di Nocera Inferiore del 12 gennaio 2006 (la cui massima è pubblicata in *Giur. merito*, 2006, p. 2169), ove si legge proprio che anche «la qualificazione della domanda come restitutoria ex art. 2033 c.c. (...) presuppone pur sempre e ne è la ragione giuridica o fondamento, la richiesta di accertamento della nullità dell'intesa; richiesta che qualifica la domanda e determina anche la competenza».

nella successiva sentenza del 26 agosto 2005, n. 17398¹⁰¹.

Molto meno preoccupato di individuare contestabili espedienti per statuire la propria competenza a decidere del caso sottoposto al suo esame, è apparso tuttavia il Giudice di pace di Bitonto, che, forte anche delle osservazioni espresse dalla Corte di Lussemburgo nella più volte citata sentenza pregiudiziale *Manfredi*, ha ritenuto che «l'intesa sanzionata dall'AGCM (...) per le dimensioni assunte, interessi l'intero territorio comunitario e non soltanto il territorio nazionale» e che dunque «le limitazioni poste dall'art. 33 della legge n. 287/90 non siano applicabili al caso concreto»¹⁰², poiché, «la prima norma violata – intesa come norma fondamentale – dalle imprese che hanno fatto parte dell'intesa anticoncorrenziale sanzionata dall'AGCM, deve ravvisarsi non nell'art. 2 della legge n. 287/90, bensì nell'art. 81 (85 secondo la vecchia numerazione) del Trattato CE»¹⁰³.

Evidenziando, dunque, che secondo i giudici di Lussemburgo «è prioritario nel diritto comunitario garantire l'effettività della tutela dei diritti dei singoli» e giudicando senza mezzi termini «deplorable le interpretazioni restrittive come quelle da ultimo propugnata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione italiana», l'autorità giudiziaria pugliese ha stabilito che «la tutela del consumatore, e, tramite essa, la tutela del mercato, esigono che il terzo estraneo ad una pratica concordata o ad un'intesa anticoncorrenziale che abbia procurato un danno, possa agire per la tutela delle proprie posizioni dinanzi al Tribunale o al Giudice di Pace, senza dover sopportare i più lunghi tempi ed i maggiori costi della Corte d'Appello»¹⁰⁴. D'altra parte, «solo così si può garantire», prosegue il Giudice di pace «il principio di effettività della tutela dei diritti riconosciuti ai singoli dalle norme nazionali e dalle norme comunitarie».

¹⁰¹ La sentenza è stata pubblicata in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 667 ss., con nota di S. MONTMAGGI, *Pratiche anticoncorrenziali: tutela risarcitoria del consumatore finale*, p. 668 ss.

¹⁰² Richiamando espressamente i par. 41 e 52 della sentenza comunitaria, l'avv. Serini ha affermato che «le dimensioni oggettive e soggettive assunte dall'intesa sanzionata dall'AGCM conducono (...) a ritenere che l'intesa o la pratica concordata in esame possa avere un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulla vendita delle polizze di detta assicurazione in Italia da parte di operatori stabiliti in altri Stati membri e che tale influenza non sia insignificante».

¹⁰³ Lo stesso giudice non togato (rinviando al par. 39 della sentenza comunitaria) inferisce da tutto ciò che «tenendo in considerazione quanto statuito dalla Corte di giustizia nella sentenza pregiudiziale (...), si deve ritenere che il Giudice di pace, al pari di qualsiasi altro Giudice, sia legittimato a far valere l'efficacia diretta dell'art. 81 del Trattato CE». È, con una certa forzatura, sottolinea che si possa, comunque, giungere «alla medesima conclusione (...) anche se il fondamento delle domande attoree fosse da ravvisarsi nell'art. 2 della legge n. 287/1990», poiché «l'art. 1, comma IV, della legge n. 287/1990, per l'interpretazione della legge nazionale, si rimanda ai canoni di ermeneutica comunitari».

¹⁰⁴ Da queste parole, sorge, invero, il dubbio che il Giudice di pace di Bitonto intenda, così, proporre, addirittura, la possibilità di introdurre un doppio binario di tutela di fronte alle violazioni di norme *antitrust* comunitarie (ma anche nazionali, secondo quanto egli prospetta), ossia il ricorso al giudice di primo grado (secondo le ordinarie regole processuali) per i terzi estranei alle intese, e alla Corte d'appello (in conformità alle previsioni di cui alla legge n. 287/1990) per le imprese che hanno invece partecipato al patto anticoncorrenziale.

Invero, risulta difficile immaginare cosa accadrà qualora, come è probabile che avvenga, sul caso R. C. Auto torni (presto o tardi) a decidere la Corte di cassazione, costretta a pronunciarsi, da un lato, sulla portata nazionale o sovranazionale della questione, dall'altro (soprattutto se alla vicenda verrà accordato un rilievo comunitario), sull'organo competente a dirimere le controversie in questione.

I giudici di legittimità potrebbero confermare la propria originaria posizione, ossia riconoscere che il *Motor Insurance Case* ricade nell'ambito di applicazione della legge n. 287/1990 (con i ben noti effetti che ne conseguirebbero sul piano delle competenze processuali e dei rimedi sostanziali esperibili), oppure, interpretare le osservazioni contenute nella sentenza comunitaria *Manfredi* alla stregua di quanto ha fatto il Giudice di pace di Bitonto, e, dunque – considerata la dimensione sovranazionale della questione e visto l'obbligo ribadito anche dalla Corte di giustizia di garantire la *full effectiveness* del diritto comunitario¹⁰⁵ – disporre (con un nuovo rivoluzionario *reversement*) che debba ritenersi esclusa la competenza funzionale della Corte d'appello a decidere delle pretese degli assicurati.

Sarebbe, invero, auspicabile che nell'adottare una nuova decisione sul punto, la Corte Suprema italiana si facesse assistere dalla Corte di giustizia (ed eventualmente anche dalla Commissione europea, così come previsto dal Regolamento n. 1 del 2003¹⁰⁶), al fine di comprendere se effettivamente il ca-

¹⁰⁵ D'altra parte, sarà utile rammentare che, secondo una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, incombe su tutti i giudici nazionali il dovere di «applicare le disposizioni di diritto comunitario della concorrenza anche nei casi in cui la parte interessata alla loro applicazione non ne ha fatto richiesta». Cfr. la sentenza 14 dicembre 1995 in cause riunite n. C-430/93 e n. C-431/93, *van Schijndel*, cit. *supra*, nota 63, punti 13-15 e 22, nonché la Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri ai fini dell'applicazione degli artt. 81 e 82 CE, cit. *supra*, nota 61, punto 3.

¹⁰⁶ L'art. 15 di tale documento normativo stabilisce che «nell'ambito dei procedimenti per l'applicazione dell'art. 81 o 82 del trattato le giurisdizioni degli Stati membri possono chiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso o i suoi pareri in merito a questioni relative all'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie» e che «qualora sia necessario (...)», la Commissione, agendo d'ufficio, può presentare osservazioni scritte alle giurisdizioni degli Stati membri. Previa autorizzazione della giurisdizione competente, essa può inoltre presentare osservazioni orali. Esclusivamente ai fini della preparazione delle rispettive osservazioni, le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri e la Commissione possono chiedere alla competente giurisdizione dello Stato membro di trasmettere o di garantire che vengano loro trasmessi i documenti necessari alla valutazione del caso trattato». Cfr. il commento all'articolo in questione di C. FAVILLI, in A. ADINOLFI - L. DANIELE - B. NASCIBENE e S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, cit. *supra*, nota 61, p. 178 e 184. L'autrice sottolinea che «il principio di leale cooperazione è perseguito attraverso una pluralità di strumenti. La relazione tra le autorità coinvolte non è più unidirezionale, vale a dire dalle autorità giurisdizionali verso la Commissione, ma può anche realizzarsi su iniziativa della Commissione verso l'autorità giurisdizionale nazionale. Inoltre è previsto che analoga forma di cooperazione sia realizzata tra le autorità nazionali garanti della concorrenza e le autorità giurisdizionali nazionali allorché si trovino ad applicare gli artt. 81 e 82», e ancora, evidenziando la «particolare efficacia "persuasiva" delle osservazioni» della Commissione, la stessa studiosa chiarisce che «pur trattandosi (...) di un atto non vincolante, l'autorità giurisdizionale, di fronte ad un intervento della Commissione determinato dal perseguimento del principio dell'applicazione uniforme del diritto comunitario, finirà per seguire tale orientamento» e conclude asserendo che «l'autorità giurisdizionale potrà neutralizzare il parere

so R.C. Auto possa ritenersi rientrante nel campo di applicazione del diritto comunitario, considerando che, come hanno da ultimo ricordato gli stessi giudici di Lussemburgo in una sentenza riguardante la materia dei brevetti, «la questione della ripartizione delle competenze tra la Comunità e i suoi Stati membri (...) esige una soluzione uniforme a livello comunitario, che solo la Corte è in condizione di fornire»¹⁰⁷.

Conformemente a tale impostazione, sarebbe, probabilmente, necessario che fossero le stesse istituzioni comunitarie (e non quelle nazionali) ad esprimersi in maniera più chiara e tassativa circa la sussistenza di tutte le condizioni perché si possa parlare di una dimensione sovranazionale della vicenda delle assicurazioni auto, ma anche con riferimento alla individuazione delle misure più idonee da adottare (anche sul piano processuale) per garantire il *private enforcement* della *Community Competition Law* ed evitare di incorrere in aperte violazioni del Trattato (e/o in nuovi infelici contrasti con l'autorità giudiziaria di Lussemburgo).

Solo così potrebbe, da un lato, garantirsi una piena e uniforme (e non caotica come appare nel momento attuale) applicazione del diritto *antitrust* comunitario in Italia, e, dall'altro, legittimarsi finanche, volendo portare le riflessioni qui proposte a conseguenze estreme, la possibilità di intervenire contro le inadempienze italiane, non solo con interventi sanzionatori¹⁰⁸, ma anche con il riconoscimento del diritto a favore dei consumatori finali a proporre una richiesta risarcitoria allo Stato per illecito comunitario¹⁰⁹.

Continuare a negare ai privati la possibilità di vedere garantite le loro pretese, riconosciute dagli artt. 81 ss. del Trattato, disattendendo così anche le indicazioni espresse (*rectius*: ribadite con vigore negli ultimi anni) dai giudici di Lussemburgo, potrebbe, infatti equivalere a realizzare una violazione sufficientemente caratterizzata degli obblighi comunitari, la quale, come è noto, si realizza anche quando l'autorità giudiziaria nazionale emette una pronuncia «ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte di giustizia»¹¹⁰.

della Commissione ricorrendo in via pregiudiziale alla Corte di giustizia».

¹⁰⁷ Così nella sentenza dell'11 settembre 2007 in causa n. C-431/05, *Merck Genéricos*, punti 36 e 37.

¹⁰⁸ Come è già accaduto proprio all'Italia, recentemente, a causa di una violazione di norme comunitarie imputabile ad un organo giurisdizionale supremo. Cfr. la sentenza del 9 dicembre 2003 in causa n. C-129/00, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4637. In merito alla quale, si rinvia a R. CONTI, *Autorità di cosa giudicata, diritto interno e primato del diritto comunitario*, in *Nuove Autonomie*, 2005, p. 373.

¹⁰⁹ Ascrivibile magari, non solo al legislatore, ma anche all'autorità nomofilattica italiana (così come si è già verificato da ultimo nel caso *Traghetti del Mediterraneo*, cit. *supra*, nota 81). D'altra parte la violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale supremo sarebbe secondo taluni ravvisabile nella stessa inosservanza dell'obbligo del rinvio pregiudiziale di interpretazione. Cfr. V. ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa del finale*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 372.

¹¹⁰ Così nella sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Köbler*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239, punti 53-56 e *Traghetti del Mediterraneo*, loc. cit., punto 43.

Si consideri, d'altra parte, che se una domanda di tal fatta è stata ritenuta perfettamente legittima, in linea di principio, nei casi di tardiva o inesatta attuazione di una direttiva (che è, come noto, strumento "blando e incompleto" di semplice armonizzazione delle regole nazionali¹¹¹), e perfino nelle ipotesi di violazione di un mero principio generale del diritto comunitario¹¹², a maggior ragione essa potrebbe essere considerata ammissibile se diretta a far valere la violazione di un obbligo derivante dal Trattato stesso e concernente un settore giuridico (quello della concorrenza, appunto) che la Comunità intende uniformare, se non unificare addirittura¹¹³.

Solo l'adozione di una decisione "concordata" con le istituzioni comunitarie (come quella che sembra essersi deciso di assumere recentemente il Consiglio di Stato italiano, e, peraltro, in una vicenda rientrante nella sfera di applicazione del solo diritto *antitrust* nazionale¹¹⁴) consentirebbe di evitare i

In particolare, i privati, con riguardo al caso delle assicurazioni R. C. Auto, potrebbero, a lungo andare, eccepire che il collegio supremo nazionale, avendo considerato di rilevanza nazionale una questione avente invece portata comunitaria ed avendo quindi reso particolarmente oneroso l'accesso degli assicurati alla giustizia (imponendo loro di proporre i loro ricorsi di fronte alla Corte d'appello e non al giudice di primo grado), ha realizzato una violazione (manifesta) dell'obbligo di garantire l'effettività del diritto comunitario (aggravata dall'aver negligenemente eluso il vincolo sancito dall'art. 234 del Trattato). Ne potrebbe discendere, ad esempio, presto o tardi, una piena (e difficilmente contestabile) legittimità ad agire giudizialmente contro lo Stato per ottenere la liquidazione delle spese sostenute per rivolgersi ad un organo giudiziario (Corte di appello) che non era quello a cui il legislatore nazionale (o l'organo nomofilattico) avrebbe dovuto riconoscere la competenza decisionale in materia di diritto *antitrust* comunitario (al fine di garantire l'*effet utile du droit communautaire*, in conformità ad una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia).

¹¹¹ Si rinvia, sul punto, a G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, cit. supra, nota 22, p. 19.

¹¹² Cfr. la sentenza Corte di giustizia del 12 settembre 2006 in causa n. C-300/04, *Eman*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 8055 e reperibile su www.curia.eu. Interessanti appaiono, inoltre, sul punto, le riflessioni di F. ANGELINI, *Ordine pubblico nel diritto comunitario*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Aggiornamento, Torino, Utet, 2005, p. 519, la quale, ricordando che la *State Liability*, secondo le pronunce della Corte di giustizia, «può essere fatta valere (...) quando vi sia la violazione dei principi generali dell'ordinamento comunitario», asserisce che «tali principi sicuramente includono quei principi superiori che abbiamo definito di ordine pubblico» (e tra questi una lunga giurisprudenza comunitaria ha incluso le norme a tutela della concorrenza).

¹¹³ Cfr. nuovamente G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, cit. supra, nota 22, p. 12.

¹¹⁴ Si tratta della causa n. C-280/06, *AGCM c. ETI*, nell'ambito della quale il supremo organo amministrativo italiano ha sollevato alcune questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia. Si rinvia, in particolare, alle interessanti osservazioni formulate dall'Avvocato generale Kokott (si tratta delle conclusioni presentate il 3 luglio 2007, cit. supra, nota 37). Contro il rinvio presentato ex art. 234 CE dal Consiglio di Stato (e concernente sostanzialmente una richiesta di collaborazione interpretativa ai giudici comunitari in relazione all'individuazione delle circostanze in base alle quali un comportamento anticoncorrenziale nel quale è incorsa un'impresa già operante sul mercato rilevante possa essere imputato al suo successore) la stessa Commissione europea ha mosso una serie di serrate critiche, rilevandone la manifesta irricevibilità. Come è possibile leggere nella ricostruzione effettuata dall'*amicus curiae* (il quale replica con grande persuasività alle obiezioni dell'organo esecutivo della Comunità), «con il primo motivo di irricevibilità, la Commissione contesta che il diritto italiano faccia, per casi come quelli qui in esame, un qualche rinvio al diritto comunitario. Solo il titolo I della legge n. 287/1990 andrebbe interpretato conformemente a tale diritto. Nella presente fattispecie (...) sarebbero (...) pertinenti (...) le disposizioni sanzionatorie di cui al titolo II e al titolo VI della legge n. 287/1990 (...) e sotto tale aspetto il diritto italiano non si ispirerebbe assolutamente al diritto comunitario. Soltanto il diritto nazionale sarebbe pertanto decisivo per di-

rischi di simili, rigide, soluzioni, e permetterebbe, nel contempo, di favorire *ex ante* una soluzione (uniforme) del problema (nell'intero «spazio giuridico europeo»)¹¹⁵.

rimere la controversia (...) Con il secondo motivo di irricevibilità, la Commissione sostiene che il rinvio al diritto comunitario di cui all'art. 1, n. 4, della legge n. 287/1990, quand'anche fosse applicabile, non sarebbe diretto e incondizionato; inoltre l'interpretazione del diritto comunitario da parte della Corte non sarebbe vincolante per i giudici nazionali (...) Con il terzo motivo di irricevibilità, la Commissione deduce che nel caso di specie (...) non sussiste alcun interesse a che sia interpretato il diritto comunitario, poiché questo non può trovare fin dal principio applicazione parallela con il diritto nazionale (...) Il quarto (...) motivo di irricevibilità (...) è fondato sull'art. 5 del Regolamento n. 1/2003, più esattamente sul suo quarto trattino. In base a tale disposizione, risulta che le autorità nazionali garanti della concorrenza, nei procedimenti per comportamenti anticoncorrenziali, *applicano solo le sanzioni previste nei loro rispettivi diritti nazionali*, e questo anche quando applicano il diritto comunitario (art. 81 CE). Da ciò la Commissione deduce che il diritto comunitario, per un caso quale quello in esame, in cui si tratta solo di "ascrivibilità della sanzione", non stabilisce alcun precetto. Non vi sarebbe pertanto alcun interesse alla sua interpretazione». Le contestazioni, puntuali e condivisibili, che l'Avvocato Generale ha proposto a tali considerazioni si possono sinteticamente condensare nell'osservazione contenuta nei punti 21 e 52-55 delle conclusioni in questione, secondo la quale «la mera circostanza che, nel caso di specie, il diritto comunitario sia rilevante unicamente per via di un riferimento nel diritto nazionale non depone contro la rilevanza delle questioni pregiudiziali (...) né contro la competenza della Corte di giustizia a risolvere tali questioni (...) L'interesse ad un'interpretazione ed applicazione uniformi del diritto comunitario non si limita a quei casi in cui il diritto comunitario e nazionale trovano applicazione parallela (...) Anzi, la legislazione di molti Stati membri si orienta, *anche per questioni di rilievo puramente interno* (...) alle corrispondenti disposizioni del diritto comunitario, di modo che questo trova ivi *applicazione indiretta* (...) Il diritto comunitario in materia di concorrenza (...) dovrebbe (...) essere interpretato e applicato in modo da (...) assicurare (...) la certezza del diritto e analoghe condizioni di concorrenza a tutti gli operatori economici (...) Garantire questo risultato (...) in materia di concorrenza è uno degli obiettivi principali (...) dell'art. 234 CE (...) Di conseguenza la Corte di giustizia (...) considera ricevibili le domande (...) anche quando trova applicazione soltanto il diritto nazionale e la normativa comunitaria in materia di concorrenza assume rilievo solo indirettamente mediante un rinvio contenuto nella normativa nazionale». La Corte di Lussemburgo, condividendo l'impostazione dell'Avvocato Generale e rinviando sul punto ad una consolidata giurisprudenza comunitaria, in data 11 dicembre 2007 ha stabilito che «adita con domande di tale natura, in cui le regole comunitarie di cui era stata richiesta l'interpretazione erano applicabili solo mediante un rinvio operato dal diritto interno, la Corte ha giudicato in maniera costante che, quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che essa apporta a situazioni puramente interne, a quelle adottate nel diritto comunitario, esiste un interesse comunitario certo a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto comunitario ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate (...) Infatti, non risulta né dal dettato dell'art. 234 CE né dalle finalità della procedura, istituita da tale articolo, che gli autori del Trattato CE abbiano inteso sottrarre alla competenza della Corte i rinvii pregiudiziali vertenti su una norma comunitaria nel caso specifico in cui il diritto nazionale di uno Stato membro rinvia al contenuto della norma in parola per determinare le regole da applicare ad una situazione puramente interna a tale Stato» I giudici comunitari hanno, inoltre, rilevato che «né la formulazione dell'art. 1, comma 4, della legge n. 287/90, né la decisione di rinvio, né gli altri documenti del fascicolo sottoposti alla Corte fanno pensare che il rinvio al diritto comunitario che contiene tale disposizione sia sottoposto a una qualunque condizione. Pertanto, conformemente alla sopra citata giurisprudenza, esiste un interesse comunitario certo a che le regole del diritto comunitario, qualora appaiano dubbi nell'ambito dell'applicazione del rinvio operato dal diritto interno, possano ricevere un'interpretazione uniforme mediante sentenze rese dalla Corte su domanda di pronuncia pregiudiziale». Così nei punti 21-23 e 25-26 della sentenza, reperibile sul sito internet www.curia.eu.

¹¹⁵ Si verrebbe così a fornire, peraltro, anche agli ordinamenti di tutti gli altri Stati membri, un valido modello processuale e sostanziale da prendere in considerazione per uniformare le discipline nazionali. Il rischio, avvertito, anche da F. IPPOLITO, *Commento all'art. 5 del Regolamento n. 1/2003*, in A. ADINOLFI - L. DANIELE - B. NASCIBENE e S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, cit. *supra*, nota 61, p. 70, sia pur con riguardo agli aspetti pubblicistici del tema in esame (ma con osservazioni valedoli anche per le questioni privatistiche), risiede, infatti, nella possibilità che «la violazione di una stessa regolamentazione venga sanzionata».

4. Il problema dei rimedi a tutela dei consumatori (e del mercato): la difficile scelta tra lo strumento risarcitorio e quello invalidatorio

Al di là delle questioni meramente processuali (anch'esse assolutamente rilevanti e, come si è visto, non ancora del tutto risolte), è sul piano dei rimedi sostanziali proponibili che la sentenza *Manfredi* della Corte di giustizia ha lasciato (senza sua colpa, poiché la formulazione del rinvio pregiudiziale non esigeva che se ne occupasse) privi di risposta una molteplicità di problemi interpretativi ed applicativi, a cui probabilmente dovrebbero in prosieguo dare soluzione gli stessi giudici di Lussemburgo (soprattutto se si confermerà che il caso delle assicurazioni auto rientra nell'orbita di applicazione del diritto antitrust comunitario)¹¹⁶.

Ci si riferisce, in particolare, alla individuazione degli adeguati strumenti di tutela degli assicurati nell'ambito della vicenda R.C.A., la quale, pur apparendo ancor oggi priva di una univoca soluzione in dottrina e giurisprudenza, ha da tempo costretto queste ultime a approfondire notevoli sforzi speculativi e le ha indotte ad orientarsi essenzialmente (per ricorrere ad una sommaria ed altamente descrittiva schematizzazione delle impostazioni proposte) verso una «duplice possibilità di tutela»¹¹⁷.

La prima forma di salvaguardia della posizione dei consumatori, suggerita tanto dalla maggior parte degli studiosi, quanto dalla giurisprudenza prevalente, risiede nel ricorso allo strumento risarcitorio, pur restando assai problematica la questione relativa all'identificazione del tipo di responsabilità (aquiliana, contrattuale, o precontrattuale), ascrivibile alle società assicuratrici.

Il secondo meccanismo di garanzia degli *end user*, sostenuto da pochi (sebbene autorevoli) studiosi, consiste, viceversa, in un intervento invalidato-

ta, in maniera sensibilmente diversa, sia quanto al calcolo della penalità comminata, sia quanto alla natura stessa della sanzione (...) *determinando così* (...) l'incoerenza dell'applicazione del diritto comunitario (...) *ma anche* un vero e proprio "forum shopping" per le imprese cui risulta, infatti, rimessa la valutazione *a priori* della sussistenza dei vantaggi economici, ai sensi dell'art. 81, par. 3, TCE (...). L'effetto negativo (...) non sembra neppure (...) ridimensionabile, nella fase del controllo *ex post* delle decisioni delle AGC (...) Queste, infatti, non sono sottoposte alla valutazione della Corte di giustizia, bensì unicamente al controllo delle giurisdizioni interne. Di più, nemmeno per via interpretativa, gli effetti distorsivi sembrano arginabili».

¹¹⁶ Come ha sottolineato A. ADINOLFI, in A. ADINOLFI - L. DANIELE - B. NASCIMBENE e S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, cit. *supra*, nota 61, p. 206-207, commentando l'art. 16 (rubricato proprio «applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di concorrenza») del Regolamento n. 1/2003, «una questione pregiudiziale potrebbe essere deferita anche quando la Commissione non abbia ancora adottato una decisione in merito al caso considerato nel giudizio nazionale (...) una pronuncia da parte della Corte potrebbe avere particolare utilità qualora non vi sia prassi della Commissione oppure se la prassi esistente non conduca ad una soluzione univoca o, ancora, quando l'orientamento in precedenza seguito dalla Commissione appaia al giudice nazionale non conforme al (...) Trattato (...) La rilevanza del rinvio pregiudiziale sembra peraltro accentuata dalla circostanza che (...) alcuni giudici nazionali sarebbero riluttanti a chiedere pareri alla Commissione temendo che ciò contrasti con il principio della separazione dei poteri».

¹¹⁷ Cfr. G. GUIZZI, *Struttura concorrenziale del mercato*, cit. *supra*, nota 23, p. 483 ss.

rio sui contratti a valle (da cui potrebbero, comunque, derivare, ma solo in conseguenza della dichiarazione di nullità dei negozi in questione, importanti effetti sul piano dei rimborsi dei premi assicurativi versati o del risarcimento dei danni).

La soluzione dello strumento risarcitorio, cui sembrerebbe aver aperto espressamente le porte anche la Corte di cassazione nella recente decisione n. 2207/05, sarebbe, dunque, secondo una parte consistente della dottrina, la più adatta a tutelare (nonostante i molteplici problemi applicativi¹¹⁸), non solo l'interesse della parte debole, che potrebbe voler (o dover) conservare il contratto (sia pur ottenendo un ristoro per il danno subito da una condotta illecita delle imprese¹¹⁹), ma anche quello del mercato¹²⁰.

A prescindere dai problemi concernenti la natura dell'azione risarcitoria esperibile dai consumatori, il rinvio a tale strumento di tutela presenta una serie di limiti difficilmente superabili e che vengono in rilievo immediatamente ove si consideri che non tutte le intese a monte costituiscono (come accade nel caso R.C. Auto) pratiche c.d. «di sfruttamento» (*ab initio* dannose per i

¹¹⁸ Nella comunità scientifica è stato sottolineato che «gran parte delle fattispecie *antitrust* presentano i caratteri di una frontiera mobile (...) In particolare, l'elemento dell'effetto restrittivo della concorrenza (...) lo svantaggio competitivo, l'esclusione del concorrente dal mercato, spesso e volentieri dipendono strettamente non solo da attività del presunto monopolista, ma da condotte attive o passive di terzi; (...) possono concorrere, ad esempio, il mancato sviluppo di un diverso accesso al mercato, di una rete distributiva alternativa, o (...) la presenza (...) di analoghe restrizioni della concorrenza». Così A. CARUSO, *La colpa nell'illecito antitrust*, in *Danno e Respons.*, 1998, p. 123. Per ovviare agli inconvenienti legati alla difficoltà di individuare l'elemento soggettivo in capo all'impresa scorretta, molti studiosi hanno suggerito di estendere analogicamente in materia *antitrust* la presunzione di colpa espressamente prevista dal legislatore in tema di concorrenza sleale. Contrario ad una simile impostazione è subito apparso S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 380, sostiene che «la soluzione testé prospettata si espone ad una critica di non poco momento. Il ricorso all'*analogia legis*, espressamente previsto dall'art. 12 delle disp. att. c.c., presuppone una lacuna dell'ordinamento giuridico (...) l'art. 2043 c.c. detta un principio generale, regolatore dell'intera disciplina, che esclude in radice la stessa possibilità di ravvisare un vuoto normativo (...) Infine, è altrettanto evidente che la previsione, a livello interno, di una presunzione di colpa degli atti anticoncorrenziali ai fini risarcitori potrebbe dare luogo ad una pericolosa quanto ingiustificata disparità fra l'azione ex art. 33, 2° comma, l. n. 287/90 e l'azione risarcitoria per violazione degli artt. 81 e 82 CE». Invero, quest'ultimo timore potrebbe essere facilmente fugato, estendendo la presunzione di cui si parla anche alle ipotesi in cui si tratti di danni derivanti da fattispecie anticoncorrenziali rientranti nell'ambito di applicazione del diritto *antitrust* comunitario.

¹¹⁹ A. FRIGNANI, *Art. 3. Abuso di posizione dominante*, in *Diritto antitrust italiano: commento alla L. 10 ottobre 1990, n. 287*, Bologna, Zanichelli, 1993, p. 367; M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 172.

¹²⁰ Non è un caso che gli stessi giudici di Lussemburgo abbiano evidenziato già da tempo (cfr., in particolare, i punti 26 e 27 della sentenza del 20 settembre 2001 in causa n. C-453/99, *Courage*, cit. *supra*, nota 10), che sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia del divieto di cui all'art. 81 CE «se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. Un siffatto diritto rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi e le pratiche, spesso dissimulate (...) In quest'ottica le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità». E le stesse Sezioni Unite nella sentenza del luglio 2005 sembrano riconoscere che azioni di questo tipo concorrono notevolmente a garantire il *private enforcement* del diritto *antitrust*, in quanto permettono di «impedire il conseguimento del frutto della intesa, consentendo anche nella prospettiva risarcitoria la eliminazione dei suoi effetti».

consumatori, in quanto dirette a sfruttare il potere di mercato acquisito per imporre prezzi non concorrenziali), ma potrebbero, viceversa, assumere i connotati di pratiche c.d. "escludenti" (si parla al riguardo di "prezzi predatori", che nel breve periodo avvantaggiano addirittura gli utenti finali sul mercato)¹²¹, ovvero, non riguardare affatto la determinazione diretta del prezzo: si pensi al caso in cui «più imprese si accordano per uniformare i termini di pagamento dei propri clienti, oppure per immettere sul mercato prodotti dotati di certe caratteristiche tecnologiche, boicottando così tecnologie alternative, o ancora per (...) subordinare la conclusione dei contratti a valle (...) all'accettazione (...) di prestazioni supplementari, economicamente e funzionalmente separabili dall'oggetto principale del negozio (... *tying contracts*)»¹²².

Proprio in considerazione di queste difficoltà applicative, capaci di mettere a repentaglio la garanzia di una piena protezione degli *end user*, vi è chi ha considerato preferibile ipotizzare un intervento diretto sui contratti conclusi a valle, al fine di dichiararne l'invalidità, in virtù di una sorta di effetto c.d. a cascata della nullità (*cascade effects*): ed è proprio questo l'altro irrisolto punto su cui, come si è già accennato, dovrebbe probabilmente pronunciarsi (almeno nell'ipotesi in cui alla questione venga effettivamente accordata una dimensione comunitaria) la Corte di giustizia (opportunamente interrogata in via pregiudiziale).

La possibilità di decretare la nullità dei *downstream contract* sembrava, d'altra parte, ammessa apertamente in alcune isolate pronunce iniziali della stessa Corte di cassazione italiana, tra le quali, va certamente annoverata la decisione n. 827/1999, in cui i giudici di legittimità avevano sancito espressamente che, in presenza di un illecito *antitrust*, la nullità discendente dalla violazione della normativa a tutela della concorrenza riguarda non solo «l'eventuale negozio originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma tutta la più complessa situazione – anche successiva al negozio originario»¹²³.

¹²¹ In questa seconda ipotesi, la tutela del consumatore (avverso i danni che questo potrà subire nel lungo periodo) e la salvaguardia del mercato sono rimesse unicamente all'intervento sanzionatorio della Commissione o delle Autorità Garanti nazionali, e potrebbero essere garantite, su di un piano più strettamente civilistico, solo con lo strumento della nullità dei contratti a valle, che, se configurata come assoluta e totale (in quanto preordinata, ad esempio, a tutelare norme di ordine pubblico economico di direzione, più che, o oltre che, di protezione), potrebbe essere richiesta anche dalle imprese concorrenti danneggiate (le quali avrebbero, inoltre, a disposizione il rimedio del risarcimento del danno loro derivante dalle pratiche in questione). Tuttavia, una simile impostazione richiederebbe un'indagine ben più approfondita e matura, improponibile in questa sede.

¹²² S. MONTEMAGGI, *Pratiche anticoncorrenziali*, cit. *supra*, nota 101, p. 674-675. Lo stesso autore rileva che in casi di questo tipo «ci si chiede se il consumatore possa agire in giudizio per chiedere il risarcimento del danno».

¹²³ Cass. 1° febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, c. 103 ss., con nota di L. LAMBO; in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 223, con nota di L. DELLI PRISCOLI, *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, p. 226 ss.; nonché in *Danno e resp.*, 2000, p. 62 ss., con note di S. BASTIANON e L. NIVARRA.

Un vero e proprio mutamento di indirizzo del supremo organo nomofilattico italiano si è tuttavia realizzato già in una sentenza dello stesso anno (e precisamente di solo un mese più tardi), la pronuncia n. 1811/1999¹²⁴, approdata ad esiti tutt'affatto divergenti¹²⁵, ma soprattutto in una più recente decisione, la n. 9384 dell'11 giugno 2003¹²⁶, ove si è statuito che «se l'accordo antitrust può essere dichiarato nullo, i contratti scaturiti in dipendenza di tale accordo o intesa mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azioni di risarcimento del danno (...) da parte degli utenti»¹²⁷.

Anche la giurisprudenza di merito dell'ultimo decennio non appare univoca sul tema dell'efficacia dei contratti in questione (sia quando questi diano attuazione ad intese anticoncorrenziali, sia nei casi in cui essi derivino dallo sfruttamento abusivo di una posizione dominante¹²⁸)¹²⁹.

La più celebre decisione presa in materia fu quella del Tribunale di Alba del 1995¹³⁰, che, chiamato a pronunciarsi sulla validità delle clausole relative ai contratti di conto corrente e di fideiussione predisposte dall'ABI e recepite

¹²⁴ *Cit. supra*, nota 19. La sentenza è reperibile anche in *Riv. dir. ind.*, 2000, II, p. 421 ss., con nota di C. TASSONI, *Le norme bancarie uniformi nel diritto della concorrenza*, p. 438-442.

¹²⁵ La Corte Suprema, peraltro, nel sottolineare l'impossibilità di sollevare per la prima volta di fronte all'organo di legittimità la questione della nullità dei contratti a valle, evidenziava che «l'utente singolo potrebbe trarre vantaggio in fatto, solo in via riflessa ed indiretta, dai generali benefici della libera concorrenza di mercato, ma non può ritenersi direttamente investito della legittimazione giuridica a dolersi di asserite violazioni poste in essere da un'impresa o da un gruppo di imprese». Come ha evidenziato M. MELI, *Autonomia privata*, *cit. supra*, nota 119, p. 159, quest'ultimo «passaggio è quanto mai oscuro, ma esso denota l'intenzione di lasciar fuori i singoli contratti conclusi dalle imprese bancarie, temendo forse l'effetto a catena di un simile coinvolgimento».

¹²⁶ La decisione della III sezione civile della Cassazione è rinvenibile in *Danno e resp.*, 2003, p. 1068, con commento di S. BASTIANON, *Nullità "a cascata"?*, *cit. supra*, nota 26.

¹²⁷ I giudici di legittimità cassavano così una sentenza della Corte d'appello di Brescia che aveva dichiarato la nullità dei contratti stipulati a valle rispetto ad una condotta abusiva ai sensi dell'art. 3 della legge n. 287/1990. Si tratta della sentenza del 29 gennaio del 2000, in *Giur. it.*, 2000, c. 1876, con nota di A. BERTOLOTI, *Ancora su norme antitrust e contratti a valle*.

¹²⁸ I primi casi, commentati in dottrina, riguardanti proprio ipotesi di danni provocati ai consumatori da situazioni di abuso di posizione dominante, risultano essere quelli decisi da Corte d'appello di Milano, 18 luglio 1995, in *Danno e resp.*, 1996, p. 105, con nota di C. OSTI, *Abuso di posizione dominante e danno risarcibile*, e in *Foro it.*, 1996, I, c. 276, con nota di A. BARONE, *Danni da abuso di posizione dominante e giurisdizione ordinaria*; e 24 dicembre 1996, in *Danno e resp.*, 1997, p. 602 ss., con nota di S. BASTIANON, *Antitrust e risarcimento del danno: atto secondo*; nonché quello risolto dalla Corte d'appello di Torino, 6 luglio 2000, in *Danno e resp.*, 2001, p. 46 ss., con nota di S. BASTIANON.

¹²⁹ Infine, anche i giudici amministrativi si sono espressi sul tema. Cfr. la decisione del Tar Lazio, Sez. I, del 10 marzo 2003, n. 1790, *Pellegrini c. Consip*, pubblicata con commento di G. COLANGELO, *Il caso Consip*, in *Merc. conc. e regole*, 2003, p. 361 ss. Intervendo sul punto, il Consiglio di Stato ha evidenziato che l'accertamento circa l'eventuale nullità dei contratti stipulati a valle e con soggetti terzi rispetto all'intesa anticoncorrenziale, non è di competenza né dell'Autorità antitrust, né del giudice amministrativo, spettando unicamente al giudice ordinario secondo le regole contenute nell'art. 33 della legge n. 287/1990.

¹³⁰ Si tratta della decisione del 12 gennaio 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, c. 225, con nota di G. ROSSI, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle norme bancarie uniformi* ed in *Dir. banca*, 1996, p. 501, con commento di F. PARRELLA, *Disciplina antitrust nazionale e comunitaria, nullità sopravvenuta, nullità derivata e nullità virtuale delle clausole dei contratti bancari a valle*, p. 507 ss.

dalla quasi totalità delle banche, dichiarò la piena efficacia di tali clausole¹³¹. Di segno diametralmente opposto apparve, però, solo due anni dopo, la decisione del Tribunale di Roma¹³², nonché quella di molte altre autorità giudiziarie di primo grado¹³³.

La stessa incertezza circa la sorte dei contratti a valle si è registrata, del resto, in giurisprudenza anche dopo il provvedimento della III sezione civile della Cassazione del 2003 (con cui i giudici di legittimità hanno indirettamente investito anche di tale questione le Sezioni Unite), e perfino successivamente alla pronuncia (ermetica sotto questo profilo), del Supremo Collegio, il quale, pur prevedendo, come si è detto, la possibilità per la *partie faible* di avvalersi degli strumenti previsti dall'art. 33, II comma della legge *antitrust* italiana, nulla ha stabilito, almeno *apertis verbis*, sulla validità dei negozi stipulati dalle imprese assicuratrici con gli *end user*¹³⁴.

Né vi è, del resto, maggiore chiarezza, sull'argomento, tra gli studiosi del diritto, i quali hanno infatti proposto e, spesso tenacemente, difeso, molteplici e contrastanti teorie, tutte riconducibili essenzialmente (e con una certa inevitabile approssimazione) a tre principali orientamenti.

¹³¹ Il giudice, in particolare, escludeva che gli accordi a valle fossero nulli per illiceità della causa, asserendo che i contratti impugnati erano notoriamente a causa tipica e si rifiutava altresì di sussumere la fattispecie nello schema della nullità per frode alla legge, mancando nel nostro ordinamento una norma che sancisca in via generale l'invalidità dei negozi in frode ai terzi.

¹³² Tribunale di Roma, sentenza del 20 febbraio 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 449 ss., con nota di A. GUCCIONE, *Intese vietate e contratti individuali a valle: alcune considerazioni sulla c.d. invalidità derivata*; nonché in *Banca, borsa*, 1999, II, p. 253, con commento di R. PENNISI. Il Tribunale asseriva che, constatata la violazione delle norme *antitrust* nella formulazione, a monte, delle NBU, inevitabilmente derivavano importanti «conseguenze sulla validità delle clausole che sono inserite nei singoli contratti stipulati dalle banche con la clientela. Queste clausole costituiscono violazione del principio della libertà di concorrenza che, in linea di principio, si configura come una delle caratteristiche della libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 Cost. In tal modo risulta violato il c. d. ordine pubblico economico e la clausola contrattuale risulta quindi nulla per illiceità della causa, ai sensi dell'art. 1343 c.c.».

¹³³ Cfr., per tutte, le sentenze del Tribunale di Pesaro del 21 novembre 2000, che dichiara la non estendibilità della nullità delle intese restrittive ai contratti a valle. Degna di nota è anche la pronuncia del Giudice di pace di Locri (sentenza del 31 dicembre 2002, reperibile su www.ricercagiuridica.com), che, occupandosi di una serie di contratti di assicurazione stipulati con alcune imprese che avevano preso parte ad un cartello assicurativo, ha previsto la nullità degli accordi a valle, ma perché lesivi della legge n. 281/1998.

¹³⁴ In realtà, nella recente decisione n. 2207/2005 delle Sezioni Unite, pur non qualificando espressamente i contratti a valle, né definendo la sorte di questi ultimi, si precisa che «la funzione illecita di una intesa si realizza per l'appunto con la sostituzione del (...) diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente. E ciò quale che sia lo strumento che conclude tale percorso illecito. A detto strumento non si può attribuire un rilievo giuridico diverso da quello della intesa che va a strutturare, giacché il suo collegamento funzionale con la volontà anticompetitiva a monte lo rende rispetto ad essa non scindibile». Degna di nota è anche la decisione della Cass. del 30 giugno 2001, n. 8887 (in *Giur. it.*, 2002, c. 1211 ss.), che sembrerebbe «favorevole in linea di principio a ravvisare una ricaduta diretta dell'illiceità della intesa sulla validità dei contratti individuali "attuativi" del programma concordato, appunto in nome di quella considerazione unitaria dell'intesa e dei contratti a valle già adombrata da Cass. 1 febbraio 1999, n. 827». Così M. NEGRI, *Il lento cammino*, cit. *supra*, nota 1, p. 347. A conclusioni identiche giunge anche parte della dottrina. Cfr., per tutti, I. PAGNI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/05*, cit. *supra*, nota 1, p. 340.

Il primo nega la configurabilità di una nullità dei contratti stipulati dalle compagnie assicuratrici con i propri clienti in costanza di una precedente intesa¹³⁵, soprattutto in considerazione di quanto previsto dall'art. 1372 c.c., che vuole ogni contratto (e le relative vicende patologiche) come una realtà giuridica a sé stante ed efficace unicamente *inter partes*¹³⁶.

Il secondo filone teorico è invece costituito da quanti, pur ammettendo timidamente la possibilità di applicare il rimedio della nullità anche ai contratti conclusi con i consumatori finali, sono restii ad affermarne la necessità, perché un intervento demolitore di tale natura determinerebbe, come è naturale, il venir meno di tutti gli effetti prodotti dal negozio (comportando il sorgere di una situazione identica a quella che ci sarebbe stata se lo stesso non fosse mai venuto ad esistenza), e, dunque, «avrebbe ripercussioni catastrofiche», poiché «metterebbe capo ad un'avventura improponibile e capricciosa»¹³⁷, o peggio ancora trasformerebbe «il mercato in una sorta di "far west", nel quale le azioni tese ad ottenere la declaratoria di nullità dei contratti commerciali conclusi dai propri concorrenti (...) *rischierebbe* di diventare uno dei principali strumenti della lotta concorrenziale»¹³⁸.

Vi è infine un terzo indirizzo dottrinale, cui appartengono i più convinti sostenitori dell'utilità di un ricorso allo strumento della nullità contrattuale¹³⁹,

¹³⁵ Si pensi, per citarne solo alcuni, a G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 67 ss.; V. MELI, *Autonomia privata*, cit. *supra*, nota 119, p. 171 ss.; M. TAVASSI - M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, cit. *supra*, nota 33, p. 423 ss.; L. RISTORI, *La competenza speciale della Corte d'appello nella legge antitrust*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 423.

¹³⁶ Si asserisce ad esempio che «tra intesa e contratto non sussiste alcun tipo di collegamento funzionale», e quindi non è possibile «richiamare la figura della nullità derivata», così come «la circostanza che non sia individuabile in alcun modo un comune intento delle parti in ordine al significato economico in concreto rappresentato dal singolo negozio posto in essere esclude in linea di principio la possibilità di ragionare in punto di causa illecita». Le parole sono di F. FERRO-LUZZI, *Prolegomeni in tema di mercato concorrenziale*, cit. *supra*, nota 20, p. 477, il quale sostiene che «l'obiettivo perseguito dall'impresa (...) a seguito del perfezionamento di un'intesa (...) rimane allo stadio di semplice "motivo", dunque irrilevante». Questa voce dottrinale non tiene forse sufficientemente in conto che «il contratto che lega l'impresa all'utente finale costituisce lo strumento attraverso cui la prima attualizza l'oggetto della collusione predisposta con i suoi pari e, nella misura in cui consente alle imprese coinvolte di trarre i frutti della propria condotta, finisce per assorbirne la natura illecita». Così R. PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori*, cit. *supra*, nota 20, p. 472, ad avviso del quale «anche ammettendo (...) che l'istituto contrattuale possa essere riguardato alla stregua di monade separata rispetto alla realtà economica cui si rapporta, sarebbe a dir poco controintuitivo imporre una soluzione di continuità rispetto ad un livello, quello della *conspiracy*, che ha senso pratico e dispiega le sue conseguenze negative solo in quanto si traduca operativamente nei contratti di mercato che si vorrebbero separati, autonomi ed indifferenti alla matrice da cui originano».

¹³⁷ Questo è quanto rileva R. PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori*, loc. cit., p. 475, il quale tuttavia osserva che una siffatta «obiezione prova troppo, un po' perché ragionare *ab inconvenienti* non aiuta a ricostruire il quadro secondo linee congruamente sistematiche e, molto più, perché la minaccia è evocata con toni sinistri, ma non suffragata dalla ricognizione della reale operatività dei meccanismi restitutori».

¹³⁸ A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 341.

¹³⁹ Meritevole di segnalazione è in particolare l'opinione di S. BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, cit. *supra*, nota 16, p. 395, il quale ha individuato ben tre ragioni che fareb-

pur con un'assoluta «difformità di vedute (...) a proposito sia delle cause della nullità dei contratti a valle (ex art. 1418, commi 1 e 2, c.c.), sia della natura (totale o parziale) di tale nullità»¹⁴⁰.

Si può, comunque, convenire, sul punto, con quanto ha correttamente sottolineato un'attenta studiosa del tema in questione, evidenziando che, invero, «il problema non è suscettibile (...), di soluzioni unitarie, meritando risposte diverse a seconda del tipo di condotta anticoncorrenziale tenuta a monte dalle imprese»¹⁴¹.

5. Conclusioni: l'opportunità di ricorrere a nuovi strumenti di tutela contro le violazioni *antitrust*

In dottrina si è rilevato che perfino il più drastico dei rimedi immaginati per il caso R. C. Auto, ossia il riconoscimento della legittimazione del consumatore ad agire in giudizio per far invalidare il contratto a valle, potrebbe risultare, nonostante la sua indiscutibile *vis dissuadendi*, «privo di una portata pratica significativa, in quanto la dichiarazione di nullità (...) di per sé non

bero propendere per una legittimazione del consumatore finale a chiedere una simile radicale invalidità dei negozi a valle: «innanzitutto (...) un'assoluta inidoneità della nullità dell'intesa a monte a produrre un'analoga nullità sui contratti a valle finirebbe per escludere dal novero dei soggetti legittimati ad esperire l'azione di nullità non solo i consumatori, ma anche le imprese (...) In secondo luogo (...) si finirebbe per dare ingresso ad un'inaccettabile disparità di trattamento (sotto il profilo civilistico-sanzionatorio) delle intese rispetto all'abuso di posizione dominante (...) Da ultimo, non del tutto peregrino si presenta il timore che l'impermeabilità dei contratti a valle rispetto alla nullità dell'intesa a monte, ponendo di fatto l'autore dell'illecito al riparo dalla reazione dei soggetti con i quali è entrato in rapporti di affari, provochi un pericoloso ridimensionamento della natura precettiva e imperativa del divieto delle intese, potenzialmente idoneo a indebolire l'intero sistema *antitrust*». Cfr. anche R. PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori*, cit. *supra*, nota 20, p. 471. Lo studioso, criticando la consolidata prassi giurisprudenziale che distingue, almeno quanto agli effetti sul piano della validità dei relativi contratti, l'illecito *antitrust* realizzato da un'impresa in posizione dominante, rispetto a quello «creato dal nulla per effetto della collusione tra due o più operatori», rileva che «semmai, ai "congiurati" può contestarsi qualcosa di più, non certo di meno (...) nella misura in cui la concertazione anticoncorrenziale si pone come strumento per la creazione artificiosa di un potere di mercato altrimenti inesistente». A. MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 68-69, ritiene, invece, perfettamente legittima una diversità di disciplina e nega la possibilità di un'applicazione analogica della soluzione scelta per i contratti a valle conclusi in conseguenza di un abuso di posizione dominante. Cfr., sul punto, S. SIMONE, *Nullità delle intese anticoncorrenziali ed effetti a valle*, pubblicato su http://host.uniroma3.it/dottorati/scuoladottoraleascarelli/db/files/docs/Tesi%20di%20dottorato/Tesi_dottorato_Silvia_Simone.pdf.

¹⁴⁰ Così S. BASTIANON, *Nullità "a cascata"?*, cit. *supra*, nota 26, p. 1070. Cfr., sull'argomento, M. MELI, *Autonomia privata*, cit. *supra*, nota 119, p. 111 ss.

¹⁴¹ M. MELI, *Autonomia privata*, loc. cit., p. 162 ss. (corsivi aggiunti). L'autrice individua alcune particolari categorie di intese in cui è difficile ipotizzare una ricaduta pregiudizievole sui contratti a "valle", si pensi agli accordi di cooperazione o a quelli «di ripartizione del mercato, che consentono ad ogni impresa aderente all'intesa di operare nel territorio assegnatole in condizioni di monopolio: i contratti a valle di questi accordi non riproducono (...) alcuna condizione contrattuale prevista nell'intesa, ma è indubbio che siano condizionati dall'esistenza dell'accordo di ripartizione territoriale, in assenza del quale l'impresa non potrebbe comportarsi da monopolista». Così G. TADDEI ELMI, *Tutele civili e antitrust*, cit. *supra*, nota 2, p. 294 ss.

preclude la continuazione di fatto del comportamento anticoncorrenziale da parte delle imprese interessate»¹⁴².

Inoltre, come è noto, la comminatoria di nullità ha *ex lege* effetto solo tra le parti ed «avendo la pronuncia natura dichiarativa, non ricorre il litisconsorzio necessario relativamente agli altri soggetti partecipi dell'atto impugnato: la decisione si concretterà in una declaratoria circa l'idoneità o non del negozio a produrre effetti tra i litiganti, con efficacia limitata al rapporto fra questi ultimi»¹⁴³.

Considerazioni analoghe potrebbero, d'altra parte, valere anche nell'ipotesi in cui si scegliesse di dare alla complessa vicenda delle assicurazioni una soluzione differente, orientando la propria attenzione verso l'altro possibile meccanismo di tutela del consumatore, ossia quello risarcitorio.

Ed è proprio alla luce di queste valutazioni che si giustifica la proposta, formulata da alcuni commentatori di immaginare la possibilità di un ricorso, in casi di questo tipo, al principio dell'"efficacia riflessa" del giudicato civile¹⁴⁴, ovvero all'adozione, in aggiunta (o in sostituzione) alle summenzionate *forme individuali* di tutela del contraente debole, di un ulteriore e più efficace strumento di protezione, già utilizzato con un certo successo oltreoceano e che «ha dato ampia e consolidata prova di duttilità e praticità: la *class action*, azione di categoria o di gruppo, a tutela degli interessi diffusi»¹⁴⁵.

¹⁴² E. SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*, cit. *supra*, nota 16, p. 1129. L'autore rinvia peraltro a M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, p. 668.

¹⁴³ E. SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*, loc. cit., p. 1129.

¹⁴⁴ Si rinvia a P. IANNUCELLI, *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia*, cit. *supra*, nota 84, p. 791-792, il quale ha evidenziato che «benché (...) l'art. 2909 c.c. sia ben chiaro nel delimitare i limiti soggettivi del giudicato alle parti del processo (o ai loro eredi ed aventi causa), la giurisprudenza, anche di legittimità, ha convalidato un'interpretazione estensiva di quella (...) disposizione, chiarendo che il giudicato può avere un'efficacia riflessa su un procedimento instaurato su parti anche diverse, purché il diritto oggetto del secondo processo sia in relazione di dipendenza dalla situazione di fatto accertata nel primo processo. Addirittura esistono nel sistema delle ipotesi di estensione legale del giudicato anche in funzione dell'esito della lite. Almeno come primo passo, il riconoscimento dell'efficacia riflessa del giudicato (...) permetterebbe a tutti coloro che ne sono stati danneggiati di agire per il risarcimento del danno semplicemente allegando la sentenza; la prova del fatto illecito, del nesso di causalità e della colpevolezza, infatti sarebbero già coperte dal giudicato».

¹⁴⁵ Così E. SACCHETTINI, *Con il cambio di giurisprudenza a rischio le sentenze del Giudice di pace*, in *Guida al diritto*, n. 44 del 2003, p. 36, ad avviso del quale, in tal modo, «anziché fare instaurare una miriade di cause di contenuto identico (...) con un'unica causa, accuratamente studiata (...) si risolverebbe il problema una volta per tutte». Secondo quanto ha asserito correttamente C. CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 618 ss., «le singole persone lese si trovano spesso (...) in una situazione (...) inadeguata ad ottenere la tutela giurisdizionale contro il pregiudizio individualmente subito per effetto di una azione unitaria: esse possono addirittura ignorare i loro diritti; oppure le loro pretese individuali possono essere troppo limitate (...), e il rischio di incorrere in grossi costi processuali (...) può essere sproporzionato rispetto al risarcimento eventualmente ottenibile nella migliore delle ipotesi (...) è agevole pertanto darsi ragione del fatto che anche in Italia (...) l'istituto delle class actions (...) [potrebbe] colmare un grave gap fra riconoscimento statico dei diritti e la loro possibilità di effettiva tutela in via giudiziale (...)». Cfr. altresì, sull'argomento, R. PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori*, cit. *supra*, nota 20, p. 474; nonché L. RISTORI, *La competenza speciale della Corte d'appello nella legge antitrust*, cit.

Sulla scia di quanto accaduto in Austria¹⁴⁶, Grecia¹⁴⁷, Germania¹⁴⁸, Spagna¹⁴⁹, Inghilterra e Galles¹⁵⁰, Paesi Bassi¹⁵¹, Portogallo¹⁵², Svezia¹⁵³ e soprat-

supra, nota 135, p. 386 ss.; P. G. MONATERI, *Illecito e responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 268 ss. Contraria alla possibilità che il sistema delle azioni di classe operi al di fuori dei territori statunitensi è invece, tra i tanti, C. PONCIBÒ, *Le azioni di interesse collettivo per la tutela dei consumatori*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 4, 2002, p. 659 ss. L'autrice sostiene, inoltre, (a p. 660-661 e p. 666), che occorrerebbe distinguere "concettualmente" il modello delle *class actions*, che «consente di raggiungere tanto una generale finalità di dissuasione e di deterrenza dal compimento di illeciti, quanto di realizzare un'efficace "gestione collettiva di diritti di natura individuale"», da quello delle «"azioni di interesse collettivo" (proprie dei sistemi continentali europei) a contenuto inibitorio o ripristinatorio, nelle quali l'interesse collettivo, pur risultando da una pluralità di interessi individuali, non ne rappresenta la mera sommatoria e la posizione del singolo è tutelata in quanto condivisa da più soggetti». E tale «ricostruzione (...) evidenzia alcuni aspetti critici della materia: in primis, essa esclude (...) la sostituzione processuale delle associazioni rispetto ai consumatori ed impedisce che gli effetti del giudicato possano, in qualche misura, operare anche nei riguardi dei singoli (...). L'azione individuale e quella collettiva possono, infatti, coesistere, ma rimangono (...) distinte, in quanto fondate su un *petitum* ed una *causa petendi* diversi. Si può invece ritenere che la pronuncia inibitoria estenda i suoi effetti agli enti legittimati rimasti terzi rispetto al giudizio (...) Un altro aspetto di criticità si rinviene ove si consideri (...) la difficoltà che si riscontra nel liquidare un danno che si assume patito da un numero elevato (o (...)) indeterminato di persone. Una (...) soluzione discende dal concetto statunitense di *fluid recovery*: il residuo del danno, una volta risarcito il danno sofferto dalle parti in causa, dovrebbe essere impiegato al fine di garantire un'adeguata protezione all'interesse collettivo oggetto del giudizio».

¹⁴⁶ È stata recentemente introdotta nell'ordinamento austriaco la c.d. *Sammelklage* (azione collettiva), prevista nel vgl §§ 11, 227 del *Zivilprozeßordnung* (codice di procedura civile). Cfr. anche l'art. 1311 (sul risarcimento dei danni provocati intenzionalmente o con negligenza) dell'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (codice civile). Azioni collettive (*Verbands-Musterklagen*) sono poi previste nella sezione 29 del *Konsumentenschutzgesetz* (legge a tutela del consumatore dell'8 marzo 1979, reperibile su www.ris.bka.gv.at/erv/erv_1979_140.pdf). Cfr. P. KOLBA, *Erfahrungsbericht des Vereines für Konsumenteninformation (VKI) über Musterprozesse in Österreich*, in BRÖNNEKE (ed.), *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozeßrecht*, 2001, p. 53. Dal dicembre 2006 il Ministro della giustizia austriaco sta, infine, tentando di elaborare un progetto di legge riguardante l'introduzione di una vera e propria azione di gruppo ("*Gruppenklagen*").

¹⁴⁷ Vedasi la legge sulle azioni collettive n. 2251/1994 (attuativa della direttiva n. 98/27/Ce), pubblicata nella *Government Gazette*, sez. A., N. 191/15-16.11.1994, in cui si parla semplicemente di una *κοινή αγωγή* (azione congiunta). Cfr. l'*Ashurst Report - Greece*, relativo al diritto *antitrust*, su www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/national_reports/greece_en.pdf.

¹⁴⁸ Cfr. il c.d. *Capital Markets Model Case Act* (*Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren*) del 16 agosto 2005, in *BGBI*, I, S. 2437, reperibile su www.jura.uni-augsburg.de. La legge avrà un'applicazione sperimentale di cinque anni e cesserà di essere in vigore il 1° novembre 2010. Si rinvia, in argomento, al celebre saggio di H.-W. MICKLITZ - A. STADLER, *The Development of Collective Legal Actions in Europe, Especially in German Civil Procedure*, in *European Business Law Review*, 2006, p. 1474.

¹⁴⁹ Si rinvia alla Ley n. 26/1984 del 19 luglio 1984, *General para la defensa de los consumidores y usuarios*, in *BOE*, núms. 175 y 176, del 24 luglio 1984 (reperibile anche sul sito <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/lgdcu.html>), nonché alla Ley n. 1/2000, del 7 gennaio 2000 (cfr., in particolare, la nuova versione dell'art. 11 dell'*Enjuiciamiento Civil*, reperibile su <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/LEC/L1T1.htm>).

¹⁵⁰ Cfr. la *Section 47B* del *Competition Act* del 1998, introdotta dalla *section 19* della recente normativa di riforma del diritto *antitrust* inglese (ossia l'*Enterprise Act* del 2002, in www.reckon.co.uk/open/Enterprise_Act_2002), ma anche (e soprattutto) i *Group Litigation Orders* aggiunti al *Civil Procedure Rules* con lo *Statutory Instrument 2000 No. 221 (L.1)*, noto come *The Civil Procedure (Amendment) Rules 2000*, del 2 maggio 2000, reperibile sul sito www.opsi.gov.uk/si/si2000/20000221.htm. Si rinvia, sul tema, a C. HODGES (2001), *Multi-Party Actions: a European Approach*, in *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2001, p. 321 ss., ma anche a N. ANDREWS, *Multi-Party Proceedings in England: Representative and Group Actions*, *ibidem*, p. 249.

tutto in Francia¹⁵⁴, anche nell'ordinamento italiano alcune azioni collettive sono state introdotte, già da qualche anno, con l'adozione del Codice del consumo (in particolare ad opera degli artt. 37, 139 e 140)¹⁵⁵.

Si tratta, tuttavia, di strumenti processuali di tutela sicuramente non paragonabili alle *class action* statunitensi¹⁵⁶.

¹⁵¹ Cfr. gli artt. 3:305a-305b del *Burgerlijk Wetboek* (il cui testo è consultabile su www.wetboek-online.nl/wet/index.html), ossia del *Dutch Civil Code*, (che escludono comunque la possibilità di una condanna al risarcimento del danno nella forma del *collective settlement*), e soprattutto gli artt. 907-910 dello stesso codice civile olandese e gli artt. 1013-1018 del *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (*Dutch Code of Civil Procedure*), derivanti dalla recente entrata in vigore (il 27 luglio 2005) del *Wet collectieve afwikkeling massaschade*, noto anche come il *Netherlands Act on Collective Settlement of Mass Damages*, reperibile sul sito www.hcc.nl/dell/Burgerlijkerechtsvordering/burgerlijke%20rechtsvordering.html

¹⁵² Cfr. l'art. 52 della Costituzione portoghese (*Right to Petition and Actio Popularis*), la Lei n. 83/95 del 31 agosto 1995, riguardante la c.d. *acção popular* (si rinvia in part. gli artt. 22 e 23) e l'art. 26A del *Código de Processo Civil* (il quale prevede la c.d. *acção para a tutela de interesses difusos*). Vedasi, in argomento, l'interessante *report* pubblicato sul sito della Comunità europea http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/studies/reports_portugal_en.pdf.

¹⁵³ Si tratta del Group Proceedings Act, del 30 maggio 2002, reperibile su <http://www.sweden.gov.se/>.

¹⁵⁴ Ossia con la c.d. *action en représentation conjointe* prevista dal *Code de la Consommation* (segnatamente agli articoli da L421-1 a L421-5), pubblicato su www.legifrance.gouv.fr/. Peraltro il 16 dicembre 2005 fu presentato un *report* sulla possibilità di introdurre un'azione di gruppo, in Francia, realizzato su commissione dei Ministri della Giustizia e degli Affari Esteri (G. CERUTTI - M. GUILLAUME, *Rapport sur l'action de groupe*, del 16 dicembre 2005, reperibile sul sito www.finances.gouv.fr/directions_services/sircom/protection_conso/protection_eco/rapport.pdf#search=%22rapport%20sur%20l'action%20de%20groupe%22). A questa iniziativa fece seguito la proposizione di due progetti di legge, il primo (presentato il 26 aprile 2006) proveniva da un membro del Parlamento, Luc Chatel, (*proposition de loi n° 3055 visant à instaurer les recours collectifs de consommateurs*, rinvenibile su www.assemblee-nationale.fr/, con cui si prospettava l'introduzione di un nuovo art. 422-1 nel *Code de la Consommation*), il secondo (presentato l'8 novembre 2006 e) predisposto dal governo (*projet de loi n. 3430, En faveur des consommateurs*, reperibile su www.assemblee-nationale.fr/12/projets/pl3430.asp, che prevedeva l'introduzione di una vera e propria azione di classe molto simile a quella statunitense). Considerate le serrate critiche mosse da più parti ai due progetti (ed in vista delle vicine elezioni presidenziali, secondo taluni), entrambi i disegni di legge furono ritirati il 30 gennaio 2007.

¹⁵⁵ Nel comma 9 dell'art. 140 del Codice del consumo si sottolinea che «fatte salve le norme sulla litispendenza, sulla continenza, sulla connessione e sulla riunione dei procedimenti, le disposizioni di cui al presente articolo non precludono il diritto ad azioni individuali dei consumatori che siano danneggiati dalle medesime violazioni». Il nuovo *Bill of Rights* dei consumatori contiene, dunque, per usare un'espressione adoperata con riferimento alla legge n. 281/1998, ma valida ancor oggi, «uno strumento processuale che ha funzione *suppletiva* e *non sostitutiva* delle azioni individuali (...) infatti (...) si proclama espressamente che (...) è promossa la tutela (...) dei consumatori (...) "anche in forma collettiva", significando quindi che non vengono sostituite o abrogate le altre forme di tutela diverse da quella collettiva». C. PUNZI, *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *Riv. dir. proc.*, n. 3 del 2002, p. 671 ss.

¹⁵⁶ Distanti dal modello statunitense sembrano anche i più recenti interventi normativi europei (alcuni dei quali reperibili in forma sintetica sul sito www.eversheds.com/documents/LitigationInEurope.pdf) introduttivi invero di forme più o meno simili di *collective lawsuits*. Si rinvia, anzitutto, alla disciplina finlandese, ossia alla *Ryhmäkannetaki*, o *Act on Class Actions* (n. 444/2007, consultabile sul sito www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2007/en20070444.pdf), proposta dal *Finnish Ministry of Justice* il 29 settembre 2006, approvata dall'*Eduskunta* il 13 febbraio 2007 ed entrata in vigore il 1° ottobre 2007. Con riguardo a vecchi tentativi di introdurre azioni di gruppo in Finlandia, H. LINDBLOM, *Individual Litigation and Mass Justice: A Swedish Perspective and Proposal on Group Actions in Civil Procedure*, in *American Journal of Comparative Law*, 1997, p. 824. Interessante appare anche il progetto di riforma iniziato con la *Multi-Party Litigation (Class Actions) Consultation Paper* (LRC CP 25-2003) pubblicato nel luglio 2003 dalla *Irish Law Reform Com-*

L'introduzione in Italia di una normativa organica sulle azioni di classe è stata, infatti, lungamente osteggiata¹⁵⁷: non a caso anche il disegno di legge parlamentare (proveniente dalla combinazione degli atti della Camera n. 3838, *Bonito ed altri*, e n. 3839, *Lettieri ed altri*), approvato dalla Camera dei Deputati il 21 luglio 2004 (e mai esaminato dal Senato), che intendeva riformare proprio molte delle norme contenute nella legge n. 281 del 1998 (e trasfusa più recentemente nel Codice del consumo), si è arenato senza giungere ad una seria discussione (con un pieno coinvolgimento di tutte le parti sociali interessate) in sede parlamentare¹⁵⁸.

mission, la quale ha fornito il suo *Report* finale sull'istituto delle azioni di classe nel settembre 2005 (LRC 76-2005, reperibile su www.lawreform.ie/MPL%20Report.pdf). Tracce embrionali di azioni di gruppo sono presenti anche in Lituania (ove l'art. 49 del *Civilinio proceso kodeksas*, o *Code of Civil Procedure*, approvato con la *Law* n. IX-743 del 28 febbraio 2002, in *Off. Gazette*, N. 36-1340, 2002, ed entrato in vigore il 1° gennaio 2003, prevede che una *grupini ieškinį*, ossia un *group claim*, «*may be presented in order to protect the public interest*», anche se di fatto la norma è stata poco applicata perché alquanto indeterminata e vaga), in Polonia (l'art. 72 del *Kodeks postępowania cywilnego*, o *Code of Civil Procedure*, prevede l'esperibilità della c.d. *skarga zbiorowa*, ossia di una sorta di azione congiunta, nel caso in cui i consumatori presentino «*rights and obligations common to them or based on the same factual and legal basis*» - c.d. «*substantive joint participation*» - o se le «*obligations of a single kind are based on an identical factual and legal basis, if furthermore the jurisdiction of the court is justified for each of the claims or obligations separately and for all together*» - c.d. «*formal joint participation*»-), ed in Estonia (cfr. i § 15, *Consumer Associations* e § 17 *Consumer Protection Board* del recente *Consumer Protection Act*, approvato l'11 febbraio 2004 - RT I 2004, 13, 86 -, entrato in vigore il 15 aprile 2004 e riformato dagli *acts* 15 dicembre 2005 - RT I 2005, 71, 547 -, e 21 aprile 2004 - RT I 2004, 41, 278, come risulta dal sito www.legaltext.ee/text/en/X70046K2.htm). I modelli che più sembrano avvicinarsi alle *class action* statunitensi, sono quello svedese e quello danese. Il primo è contenuto nella legge *Lag om grupprättegång* (SFS 2002:599), o *Group Proceedings Act*, del 2002, entrata in vigore il 1° gennaio 2003 e reperibile sul sito www.demokratitorget.gov.se/content/1/c6/02/77/67/bcbe1f-4f.pdf. La disciplina danese della *Gruppesøgsmål* (elaborata grazie alla *recommendation* n. 1468/2005 del *Retsplejerådet*, nota anche come *Standing Committee on Procedural Law*), ha ottenuto l'approvazione del *Folketinget* (Parlamento danese) il 22 febbraio 2007 (L 41: *Forslag til lov om andring af retsplejeloven og forskellige andre love*) ed è entrata in vigore il 1° gennaio 2008, modificando l'*Administration of justice Act* (cfr. in particolare i nuovi artt. 254a -0 254k, nonché gli artt. 327-329, 348). Vedasi, al riguardo, l'interessante saggio del Prof. ERIK WERLAUFF, *Class actions in Denmark – from 2008*, reperibile su www.law.stanford.edu/display/images/dynamic/events_media/Demark_Legislation.pdf) Fuori dall'Unione, ma sempre in Europa, si segnala poi la recente riforma del *Norwegian Tvistemalsloven* (*Act Relating to Mediation and Procedure in Civil Disputes* o *Dispute Act*), con la quale si è aggiunto un nuovo *charter*, il numero 35, sulla *gruppesoksmål*, o *class action* (LOV-2005-06-17-90 *Lov om mekling og rettergang i sivile tvister – tvisteloven – Kapittel 35*) con entrata in vigore prevista per il 1° gennaio 2008. Si rinvia, per un commento alla disciplina norvegese, allo studio *Class Actions, Group Litigation & Other Forms of Collective Litigation in the Norwegian Courts*, reperibile su www.law.stanford.edu/display/images/dynamic/events_media/Norway_National_Report.pdf.

¹⁵⁷ Come dimostra, peraltro, il cauto utilizzo delle scarse norme esistenti in materia di azioni collettive dalla giurisprudenza di merito. Cfr., in particolare, le ordinanze 3 ottobre 2000 e 17 maggio 2002 del Tribunale di Torino e della sentenza del 22 giugno 2006 del Tribunale di Palermo, accomunate dal fatto di aver potuto accogliere unicamente le richieste (promosse nella forma dell'azione collettiva) inhibitorie di alcune associazioni di consumatori, ma non anche quelle finalizzate ad ottenere una «condanna collettiva» al risarcimento del danno subito da una determinata e più o meno ampia categoria di soggetti lesi (...) vista la mancanza, nel nostro ordinamento, di una espressa previsione normativa in tal senso». Così C. IURILLI, *Il risarcimento del danno in forma collettiva*, in *Resp. civ.*, n. 3/2007, p. 200.

¹⁵⁸ Anche nelle scelte terminologiche della modifica in questione, viene in evidenza tutta la cautela dei proponenti, i quali parlavano, quasi con circospezione, di «disposizioni per l'introduzione dell'azione di gruppo a tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti». Il testo dei due documenti è

Il progetto non appariva, del resto, idoneo a rispondere ai maggiori interrogativi posti dagli studiosi, come, ad esempio a quello sollevato da chi si è chiesto in che modo «una sentenza resa tra le parti, e che quindi ha efficacia limitata alle stesse, possa invocarsi da altri soggetti che non siano stati parti di quel determinato giudizio (*a meno che non vi sia*, come negli U.S.A., una apposita selezione circa l'estensione soggettiva di quel particolare procedimento giurisdizionale) ed essere posta in esecuzione da soggetti che mediante quella pronuncia intendano far valere un proprio diritto soggettivo»¹⁵⁹.

A questi dubbi si aggiungono quelli concernenti l'individuazione delle corrette modalità con cui garantire, da un lato, a ciascuno dei componenti la "class" il diritto ad esercitare il c.d. *opt-out*, ossia la facoltà di «autoescludersi dal giudizio, in modo che non ricadano su di lui gli effetti di un giudizio al quale non intendeva partecipare»¹⁶⁰, e, dall'altro, i rischi di possibili abusi¹⁶¹, realizzati mediante la proposizione dei c.d. *frivolous claim*¹⁶².

Il tentativo di introdurre strumenti processuali paragonabili in qualche modo alle azioni di gruppo non è stato, comunque, del tutto abbandonato, ed il 3 agosto 2006 è stata assegnata alla II Commissione giustizia della Camera una proposta legislativa relativa alla «Introduzione dell'azione collettiva ri-

reperibile su http://legxiv.camera.it/_dati/leg14/lavori/schedela/trovaschedacamera.asp?PDL=3838.

¹⁵⁹ Così P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della "class action" ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, c. 2226. *Corsivi aggiunti*. Cfr., sull'argomento, A. GIUSSANI, *Studi sulle "class actions"*, Padova, Cedam, 1996; P. FAVA, *L'importabilità delle class actions in Italia*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 166 ss.; ID., *Class actions all'italiana: "Paese che vai, usanza che trovi" (l'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge n. 3838 e n. 3839)*, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 397 ss.; F. CAMELI, *La disciplina antitrust ed il risarcimento dei danni*, cit. *supra*, nota 17, p. 100 ss.; M. RESCIGNO, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano. Profili generali*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 407; M. VIGORITI, *Impossibile la class action nell'ordinamento italiano? Attualità del pensiero di M. Cappelletti*, in *Rass. Forense*, 2006, p. 95 ss.; G. RESTA, *Azioni popolari, azioni nell'interesse collettivo, "class actions": modelli e prospettive di riforma in una recente riflessione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 331 ss.

¹⁶⁰ Le parole sono ancora di P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della "class action"*, loc. cit., p. 2227. Meno preoccupanti e condivisibili sembrano invece le perplessità dell'autore espresse nelle pagine successive. Si pensi a quella secondo cui «se si ravvisa il fine o la ineliminabile conseguenza dell'azione di classe nella eliminazione (totale o parziale) del contraddittorio, delle allegazioni ed argomentazioni difensive dei singoli appartenenti alla classe, il modello è incompatibile con il diritto di cui all'art. 24 della Costituzione. L'introduzione di un sistema di azioni di classe nell'ordinamento italiano richiederebbe, inoltre, una estrema larghezza di poteri discrezionali dell'organo giudicante. Poteri di tale ampiezza non sembrano trovare spazio all'interno del nostro attuale sistema giuridico, ostandovi norme di carattere costituzionale» (p. 2228).

¹⁶¹ Si rinvia, al riguardo, alle rigide previsioni contenute nella citata legge greca sulle azioni di classe n. 2251/1994, ove si prospetta finanche la possibilità di giungere allo scioglimento *ope iudicis* delle associazioni di consumatori condannate ripetutamente a risarcire il danno morale a professionisti (abusivamente) chiamati in giudizio con lo strumento delle *class actions*.

¹⁶² Non è un caso che perfino nella stessa madre patria delle azioni di classe siano state introdotte recentemente, ossia con il *Class Actions Fairness Act* del 2005, importanti norme riformatrici del vecchio sistema di tutela. Cfr., sull'argomento, E. SHERMAN, *Class actions after the Class Action Fairness Act*, in *Tulane Law Rev.*, 2006, p. 1593 e, già qualche anno fa, D. HENSLER, *Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Action and Other Large Scale Litigation*, in *Duke Journal of Comparative and International Law*, n. 11/2001, p. 179.

sarcitoria a tutela dei consumatori», presentata dal Governo (atto C. 1495)¹⁶³, alla quale sono stati abbinati molti altri disegni di legge¹⁶⁴.

La proposta governativa (unitamente ad alcuni dei progetti presentati, tra i quali quelli di Maran, Buemi, Crapolicchio), prevedeva l'aggiunta di un articolo (il 140 *bis*) all'interno del Codice del consumo, a differenza degli altri schemi elaborati, i quali prospettavano la creazione di un *corpus* normativo autonomo ed assai più articolato.

Assolutamente divergenti sono apparse, tra i vari disegni di legge presentati, le scelte in ordine alla definizione dell'ambito oggettivo di applicazione della disciplina¹⁶⁵ e al riconoscimento della legittimazione ad agire in giudizio per avviare un'azione collettiva¹⁶⁶, o riguardo alla modalità di liquidazione del risarcimento¹⁶⁷, di attribuzione dei costi processuali, e di determinazione del termine prescrizione, o ancora con riferimento alla disponibilità dell'azione: ossia alla facoltà di rinunziarvi, di attivare procedimenti transattivi¹⁶⁸ o proporre azioni collettive concorrenti¹⁶⁹.

Intenso e assai complesso è stato, dunque, il lavoro di sintesi dei vari progetti presentati (e altrettanto ardua sarà probabilmente l'opera di armonizzazione del testo definitivo con le altre normative in qualche modo collegate alla disciplina in questione presenti nell'ordinamento giuridico italiano)¹⁷⁰,

¹⁶³ Cfr. G. DALLE VEDOVE, *Le azioni del consumatore avverso pratiche anticoncorrenziali*, in *Riv. dir. ind.*, 2006, II, p. 265-266.

¹⁶⁴ Si tratta delle proposte C. 1289 Maran, C. 1330 Fabris, C. 1443 Poretti, C. 1662 Buemi e C. 1834 Pedica, e da ultimo, il 28 novembre 2006, C. 1883 Crapolicchio, tutte reperibili sul sito http://www.camera.it/_dati/lavori/nfas/nuovospoglio/iterfulltext/trovaschedacamera.asp?pd=1495, ove è anche possibile trovare la documentazione relativa alle audizioni, avviate il 29 novembre 2006 e tuttora in corso, con cui è stato raccolto il parere di vari rappresentanti di una serie di associazioni a tutela dei consumatori e degli utenti (come quella che opera in seno al CNCU), nonché dell'Associazione fra le società italiane per azioni (Assonime) e degli Avvocati giusconsumeristi italiani (AGIT) di Confapi, Confartigianato e Confcommercio, di Assogestioni e dell'Alternative Dispute Resolution (ADR) Center, di Confindustria, di Confimprese e dell'Ania.

¹⁶⁵ Limitato, secondo alcune proposte legislative, a determinati settori del diritto (concorrenza, pubblicità ingannevole) e ad alcune tipologie di richieste giudiziarie (risarcitorie, inibitorie), molto più esteso secondo altre.

¹⁶⁶ Concesso, nella proposta governativa, solo alle associazioni di consumatori iscritte alla CNCU, alle associazioni professionali e alle camere di commercio; esteso a chiunque vi abbia un interesse meritevole di tutela, nel secondo gruppo di progetti.

¹⁶⁷ A seguito della proposizione di un'azione legale individuale, stragiudiziale, in prima battuta, e giudiziale in caso di esito negativo di quella *extra-iudicium*, secondo alcuni disegni di legge, e mediante meccanismi di rimborso automatico gestiti da un unico curatore amministrativo, a mente di altri.

¹⁶⁸ La cui proposizione andrebbe rimessa integralmente alla libera scelta di chi avvia un'azione collettiva, ad avviso di alcuni progetti, mentre sarebbe da subordinare all'approvazione dei partecipanti all'azione di gruppo, per molti altri.

¹⁶⁹ Possibilità presa in considerazione solo dai disegni parlamentari (e non da quella governativa) e che sembra privilegiare circostanze come la qualità delle argomentazioni presentate e l'assenza di un qualsiasi conflitto di interessi fra il nuovo agente ed il gruppo già rappresentato dall'azione collettiva avviata.

¹⁷⁰ Sicuramente, appare discutibile oggi quell'opinione, autorevolmente espressa qualche anno fa, secondo la quale va esclusa la possibilità di introdurre in Italia «azioni assimilabili alle *class actions* di diritto statunitense (...) a seguito di un intervento del legislatore ordinario, rendendosi

tuttavia, con la legge finanziaria n. 244 del 2007 approvata al Senato lo scorso 15 ottobre 2007, e, con una serie di modifiche, varata alla Camera il 24 dicembre 2007, è stata introdotta nel nostro ordinamento l'azione collettiva risarcitoria, applicabile dal 29 giugno 2008¹⁷¹.

Nei commi 445-449 dell'art. 2 della legge in questione viene istituito e disciplinato il tanto atteso strumento processuale a tutela dei contraenti deboli, che andrà ad integrare il Codice del consumo (di cui al dlgs n. 206 del 6 settembre 2005), aggiungendo a quest'ultimo *corpus* normativo un nuovo art. 140-*bis*, rientrante «nel quadro delle misure nazionali volte alla disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, conformemente ai principi stabiliti dalla normativa comunitaria volti ad innalzare i livelli di tutela»¹⁷².

Legittimate attive a proporre l'azione saranno, secondo quanto previsto nel primo comma dell'art. 140-*bis*, le associazioni dei consumatori e degli utenti di cui al comma 1 dell'art. 139 del Codice del consumo, nonché «associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere»¹⁷³.

Questi enti collettivi potranno chiedere, ai sensi del comma 2 della disposizione in questione, al «tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 del codice civile, ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, quando sono lesi i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti».

Le caratteristiche particolari dell'azione collettiva in questione sono il ri-

necessaria la revisione dei principi della Costituzione». Così P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della "class action", cit. supra*, nota 159, p. 2228. In realtà, così come è già avvenuto per il recepimento in Italia di molti modelli sovranazionali *praeter* (se non addirittura, apparentemente *contra*) *Constitutionem*, probabilmente anche in questo delicato settore del diritto processuale, fondamentale sarà l'impulso comunitario (e accompagnato come sempre dall'indefettibile ruolo ermeneutico ed applicativo della Corte di giustizia). Sul punto si rinvia anche a C. CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA?*, cit. supra, nota 145, p. 658 ss. L'autore osservava più di dieci anni fa, con mirabile lungimiranza, che «solo dal processo di integrazione dei nostri paesi nell'ambito della Comunità europea, cui non rimarrà a lungo estrinseca e non è già oggi del tutto estranea la funzione giurisdizionale, potremo attenderci la predisposizione di strutture e procedure giudiziarie integrate; e destinate così ad attuarsi, in base ad una ricostruzione giuridica a contorni ben definiti, anche a mezzo dei giudici nazionali ma filtrate ed impostate presso una Corte comunitaria».

¹⁷¹ Il testo della legge è reperibile in *Guri* n. 300 del 28 dicembre 2007, *suppl. ord.* Cfr. C. CONSOLO, *È legge una disposizione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello "opt-in", anziché quella danese dello "opt-out" e il filtro ("l'inutil precauzione")*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 5 ss.

¹⁷² Così nel comma 445 della legge finanziaria per il 2008.

¹⁷³ Così nel comma 2 dell'art. 140-*bis*, modificato rispetto alla versione approvata al Senato, ove la legittimazione ad agire veniva riservata alle «ulteriori associazioni di consumatori, investitori e gli altri soggetti portatori di interessi collettivi» individuate con «decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, sentite le competenti Commissioni parlamentari legittimate ad agire ai sensi del presente articolo».

conoscimento del diritto in capo al consumatore interessato dall'accertamento giudiziale di scegliere se aderire all'azione o restarne fuori (tecnica del c.d. *opt-in*)¹⁷⁴, la produzione di effetti interruttivi della prescrizione ai sensi dell'art. 2945 del codice civile¹⁷⁵, e la proponibilità di azioni individuali (per così dire concorrenti rispetto a quella collettiva), da parte di consumatori che scelgano di non aderire all'azione di gruppo¹⁷⁶.

Alcuni emendamenti introdotti dal Governo al disegno di legge originario hanno ristretto la possibilità di un utilizzo abusivo dell'azione di classe, mediante l'attivazione di un "filtro" affidato al Tribunale territorialmente competente¹⁷⁷, e hanno previsto che «se ritiene ammissibile la domanda il giudice dispone, a cura di chi ha proposto l'azione collettiva, che venga data idonea pubblicità dei contenuti dell'azione proposta e dà i provvedimenti per la prosecuzione del giudizio».

Nella sentenza che definisce il giudizio (e che fa stato anche nei confronti dei consumatori e utenti che hanno aderito all'azione collettiva¹⁷⁸), il giudice competente deve determinare «i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o che sono intervenuti nel giudizio»¹⁷⁹ (comma 4), mentre «nei sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza, l'impresa propone il pagamento di una somma, con atto sottoscritto, comunicato a ciascun avente diritto e depositato in cancelleria».

In assenza di una proposta da parte dell'impresa o dell'accettazione da

¹⁷⁴ Sempre nel secondo comma dell'art. 140-*bis* si legge, infatti, che «i consumatori o utenti che intendono avvalersi della tutela prevista dal presente articolo devono comunicare per iscritto al proponente la propria adesione all'azione collettiva. L'adesione può essere comunicata, anche nel giudizio di appello, fino all'udienza di precisazione delle conclusioni. Nel giudizio promosso ai sensi del comma 1 è sempre ammesso l'intervento dei singoli consumatori o utenti per proporre domande aventi il medesimo oggetto».

¹⁷⁵ Molto più chiaro sembrava, da questo punto di vista, la precedente formulazione del legislatore, ove si precisava (nel comma 3 dell'art. 140-*bis*) che tale effetto interruttivo operava «a favore di tutti i singoli consumatori o utenti riguardati dal fatto o dalla violazione».

¹⁷⁶ Cfr. il comma 5 del novellato dalla versione definitiva dell'articolo 140-*bis*. Sembra scomparire, invece, ogni riferimento alla improcedibilità di altre azioni collettive «nei confronti dei medesimi soggetti e per le medesime fattispecie», prevista nel comma 6 dell'articolo in questione nella sua originaria formulazione.

¹⁷⁷ Nel comma 3 dell'art. 140-*bis* si è, infatti, stabilito che «alla prima udienza il tribunale, sentite le parti, e assunte quando occorre sommarie informazioni, pronuncia sull'ammissibilità della domanda, con ordinanza reclamabile davanti alla corte di appello, che pronuncia in camera di consiglio. La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi, ovvero quando il giudice non ravvisa l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela ai sensi del presente articolo. Il giudice può differire la pronuncia sull'ammissibilità della domanda quando sul medesimo oggetto è in corso un'istruttoria davanti ad un'autorità indipendente».

¹⁷⁸ Così nel comma 5 dell'art. 140-*bis*.

¹⁷⁹ Altra novità, prevista nella versione definitiva della disposizione, è la facoltà per il giudice di determinare «se possibile allo stato degli atti (...) la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente».

parte del consumatore¹⁸⁰, «il presidente del tribunale competente (...) costituisce un'unica camera di conciliazione per la determinazione delle somme da corrispondere o da restituire ai consumatori»¹⁸¹, ovvero «in alternativa, su concorde richiesta del promotore dell'azione collettiva e dell'impresa convenuta (...) dispone che la composizione non contenziosa abbia luogo presso uno degli organismi di conciliazione»¹⁸².

Secondo quanto si è sottolineato nella comunità scientifica, peraltro, intimamente connesso al problema dell'introduzione (ormai avvenuto in Italia), e del corretto utilizzo (ancora da verificare), della *class action*, è quello del «meccanismo di incentivo alla proposizione delle azioni di classe: i *punitive damages*»¹⁸³, previsti da tempo, ad esempio, nei Paesi per antonomasia fondatori del diritto *antitrust* (ed ispiratori anche della *Competition Law* europea), ossia negli Stati Uniti d'America, ove una norma inserita nella *Section 4* del noto *Clayton Act*, conferisce al danneggiato da un illecito anticoncorrenziale la possibilità di promuovere la c.d. «*treble damages action*», chiedendo al reo un risarcimento pari al triplo del danno subito, il rimborso delle spese processuali ed una *reasonable attorney's fee*¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Si consideri, sotto questo profilo, che alla luce di quanto previsto dallo stesso comma 4 dell'articolo in questione, «la proposta in qualsiasi forma accettata dal consumatore o utente costituisce titolo esecutivo».

¹⁸¹ Cfr. il comma 6 della disposizione, ove si descrive anche la composizione della camera di conciliazione (la quale è formata «da un avvocato indicato dai soggetti che hanno proposto l'azione collettiva e da un avvocato indicato dall'impresa convenuta ed è presieduta da un avvocato nominato dal presidente del tribunale tra gli iscritti all'albo speciale per le giurisdizioni superiori») e si precisa «che la camera di conciliazione quantifica, con verbale sottoscritto dal presidente, i modi, i termini e l'ammontare da corrispondere ai singoli consumatori o utenti», oltre ad evidenziare che «il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo».

¹⁸² Si tratta, in particolare, degli organismi «di cui all'art. 38 dlgs 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni, operante presso il comune in cui ha sede il tribunale. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli artt. 39 e 40 del citato dlgs 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni».

¹⁸³ P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della "class action"*, cit. supra, nota 159, p. 2228 ss. Per un'adeguata ricostruzione del problema, si rinvia ad una serie di opere di G. PONZANELLI: *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 435; *I punitive damages, il caso Texaco ed il diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 405; *Punitive damages e Due Process Clause: l'intervento della Corte Suprema*, in *Foro it.*, 1991, IV, c. 235; *Non c'è due senza tre: La Corte Suprema USA salva ancora i danni punitivi*, in *Foro it.*, 1994, IV, c. 92; *"Class action", tutela dei fumatori e circolazione dei modelli giuridici*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 305. Cfr., altresì, sull'argomento, E. URSO, *Recenti sviluppi nella giurisprudenza statunitense e inglese in materia di Punitive damages: i casi TXO Production Corporation v. Alliance Resources Corporation e AB v. South West Water Services Ltd*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 81.

¹⁸⁴ Cfr. A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno*, cit. supra, nota 138, p. 195 ss. Vi è chi ha definito la sentenza del 20 settembre 2001 in causa n. C-453/99, *Courage*, cit. supra, nota 10, come una «sentenza "americana" della Corte di giustizia» – così G. ROSSI, «Take Courage»!, cit. supra, nota 9, p. 98 –, pur evidenziando che «nel caso in esame, almeno tre elementi caratterizzanti il modello statunitense rimangono del tutto estranei rispetto al nuovo sistema di *enforcement* "all'americana" delle norme *antitrust* comunitarie delineato dalla Corte di giustizia (o meglio, ai sistemi sostanziali e processuali degli Stati membri, ai quali le azioni risarcitorie *antitrust* restano sottoposte): ci riferiamo alla regola dei *treble damages*, al *jury trial*, ed alle *class actions*. Negli Stati Uniti, questi tre elementi convergono nell'esaltare la funzione repressiva-sanzionatoria dell'azione privata collegata alla violazione di norme pubblicistiche (...)». Sul tema, si rinvia a G.

Invero, nonostante, qualcuno abbia asserito che «il riferimento alle "pionieristica esperienza statunitense"» sembrerebbe «men che rilevante»¹⁸⁵, la figura del danno punitivo suscita da sempre un certo fascino¹⁸⁶, unito a forti perplessità con riguardo alle concrete modalità applicative, anche all'interno dei sistemi normativi europei basati sul *civil law*¹⁸⁷ (primo fra tutti l'Italia¹⁸⁸, ove tale istituto è stato, tuttavia, considerato recentemente dalla stessa Suprema Corte di cassazione assolutamente contrario ai principi dell'ordine pubblico nazionale¹⁸⁹).

E, quantunque si stia ultimamente levando in dottrina «un diffuso orientamento, sul piano comparatistico, a ritenere inadeguata una prospettiva meramente riparatoria e differenziale, e ad avvalorare, per contro, giustificazioni tendenzialmente punitive e deterrenti della condanna risarcitoria»¹⁹⁰, continua

C. HAZARD - M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, Il Mulino, 1993.

¹⁸⁵ Così S. BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica*, cit. supra, nota 16, p. 396. Le ragioni di tale conclusione risiederebbero nella circostanza che «in primo luogo, (...) le diverse finalità attribuite alla *treble damages action* e all'azione risarcitoria prevista dall'art. 33, comma 2, escludono in radice la possibilità di applicare alla seconda i principi ermeneutici elaborati in relazione alla prima; in secondo luogo, (...) la Cassazione sembra escludere l'esperibilità da parte del consumatore finale del rimedio risarcitorio previsto dall'art. 33, comma 2, non già sulla scorta delle considerazioni che negli Stati Uniti costituiscono la c.d. *Illinois Brick doctrine*, bensì sul presupposto (per null'affatto dimostrato) che il sistema di tutela apprestato dalla normativa *antitrust* italiana, al pari di quello in tema di concorrenza sleale, non annoveri tra i suoi destinatari i consumatori e che i danni da questi subiti non siano qualificabili come *antitrust damages*».

¹⁸⁶ Della necessità di mettere a punto «misure differenziate convenientemente dei due coefficienti che polarizzano il funzionamento della responsabilità civile: quello risarcitorio-ripristinatorio (che comunque attiene alle individualità, pur se aggregate nella classe per fini processuali e per quelli che discendono della *recovery* di massa) e quello repressivo-preventivo dell'illecito anche solo civile (che coinvolge un bisogno della vita sociale spesso da noi trascurato e che però anche danni non "punitivi" – né quantificati da generosi e ipersensibili giurie – possono largamente perseguire, purché le relative azioni di condanna vengano – come appunto nel modello delle *class actions* – rese pressoché onnicomprensive, piuttosto che sporadiche e quantitativamente lacunose)», ha da tempo parlato, ad esempio, C. CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA?*, cit. supra, nota 145, p. 659.

¹⁸⁷ Ciò nonostante si può osservare che l'istituto civilistico del danno punitivo non è del tutto estraneo alle normative *antitrust* europee (soprattutto a quelle che hanno subito delle recenti riforme). Il riferimento va non solo al diritto inglese, in cui, sia pur con limiti assai restrittivi, tale figura è riconosciuta da una serie di precedenti giurisprudenziali: si pensi al *leading case*, *Rookes v. Barnard* (nel 1964), 3 *All E. R.* del 1964, p. 367 ss., ma anche al § 18 a.1 della legge *antitrust* finlandese (che oggi prevede l'estensione del risarcimento aquiliano a qualsiasi danno «diretto o indiretto»), o al § 14.5 del *Competition Act* irlandese (che riconosce la possibilità di una condanna al pagamento dei c.d. «*exemplary damages*»). Interessante è anche il contenuto dell'art. 45.2 dell'Accordo Trips.

¹⁸⁸ Cfr. sull'argomento P. CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 1989, p. 891; F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 531; A. GIUSSANI, *Le mass tort class action*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 33; P. G. MONATERI, *Illecito e responsabilità civile*, cit. supra, nota 145, *passim*.

¹⁸⁹ Cfr. la sentenza della III Sez. Civ., n. 1183 del 19 gennaio 2007, cit. supra, nota 54, con la quale i giudici supremi hanno evidenziato che «l'ordinamento italiano non conosce l'istituto dei danni punitivi: per questo motivo la Corte conferma la sentenza di merito che ha negato la delibazione ad una sentenza dello Stato dell'Alabama (U.S.A.) per contrarietà all'ordine pubblico interno, in quanto conteneva una condanna al risarcimento dei danni che, per l'importo esageratamente elevato e per la mancanza di ogni motivazione in ordine alla natura e alla entità del risarcimento, era riconducibile ai punitive damages». Risulta, peraltro, pendente anche di fronte alle Sezioni Unite una questione concernente i danni punitivi (R.G.N. 21617/2006).

¹⁹⁰ Così M. LIBERTINI, *Il risarcimento del danno per la violazione di norme generali sulla con-*

a creare non poche perplessità dogmatiche la possibilità di configurare, accanto alla tradizionale figura civilistica del risarcimento del danno di natura riparatrice o restitutiva (*compensatory damages*), un'ipotesi di reintegrazione per finalità punitive o deterrenti o comunque altamente simboliche¹⁹¹ (*non compensatory damages*, consistenti talvolta negli *aggravated damages*, altre volte nei *nominal damages* o nei *contemptuous damages*, e più frequentemente nei veri e propri *exemplary, punitive o vindicative damages*)¹⁹².

A poco è valsa, da questo punto di vista, l'osservazione che l'"azione di triplo danno" americana, pur avendo «la funzione di realizzare un'efficace prevenzione degli illeciti *antitrust* (...), tende anche ad avvicinare la misura del risarcimento a quella dei danni effettivamente subiti»¹⁹³, circostanza quest'ultima che potrebbe, secondo taluni, giustificare l'adozione in Italia di un'identica, o quantomeno simile¹⁹⁴, impostazione¹⁹⁵.

correnza (antitrust e concorrenza sleale), in AA.VV., *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, Atti del convegno organizzato dalla società italiana per lo studio della proprietà intellettuale (SISPI), Castelgandolfo, 20-22 marzo 2003, Milano, Giuffrè, 2004, p. 167. L'autore rinvia, in particolare, «alle elaborazioni dottrinali francesi che di recente insistono sull'esigenza di superare una tradizione strettamente indennitaria in materia di danni concorrenziali, e al recente impegno di una corrente della civilistica italiana a rafforzare l'entità delle sanzioni civili conseguenti alla lesione di diritti di proprietà intellettuale attraverso la combinazione dei rimedi del risarcimento del danno e della restituzione dell'arricchimento». Cfr. sul punto A. SARAVALLE, *I punitive damages nelle sentenze europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 867 ss.

¹⁹¹ Come è stato osservato in dottrina, «in un ordinamento come il nostro, in cui il risarcimento del danno assolve non già una mera funzione di "deterrenza", ma piuttosto compensativa del pregiudizio patrimoniale sofferto a seguito di una lesione qualificabile come ingiusta» non è possibile giustificare il riconoscimento di un simile diritto ad essere risarcito facendo leva sulla «(generica) necessità di rafforzare la funzione general-preventiva delle norme di divieto dettate dalla legislazione antitrust, potendo consistere, invece, solo nella dimostrazione che l'interesse alla concorrenza vulnerato da condotte contrastanti con queste ultime venga normativamente in rilievo appunto come interesse individuale giuridicamente protetto e nella titolarità di ogni consociato». Così G. GUIZZI, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori*, cit. supra, nota 23, p. 480. Cfr., inoltre, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai Punitive damages di common law*, in *Giur. it.*, 1985, IV, c. 12.

¹⁹² Un quadro sintetico, ma completo di queste figure di *civil remedies* è rintracciabile nel famoso *workbook*, del Professor D. GREER, *Remedies in tort*, Queen's University, Belfast, Spring 2002. Cfr. altresì G. L. WILLIAMS - B. A. HEPPLER, *Foundations of the Law of Torts*, London, Butterworths, 1983.

¹⁹³ Così M. LIBERTINI, *Il risarcimento del danno*, cit. supra, nota 190, p. 168. L'autore, rinviando peraltro alle osservazioni di A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno per violazione di norme antitrust: l'esperienza americana*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 685 ss., rileva (a p. 169) che «la *ratio* che sta alla base del riconoscimento di un incremento forfetario della misura dei danni effettivamente provati (...) sta (...) nell'intuizione per cui l'illecito concorrenziale, al di là del danno differenziale puro, determina una interferenza negativa nella strategia e nei programmi di attività di un'impresa, non immediatamente quantificabile con i criteri del danno emergente e del lucro cessante. Da qui una strutturale difficoltà per l'impresa, di fornire piena prova, con criteri tradizionali, dei danni effettivamente subiti. Da qui anche la ragione di un incremento forfetario della misura dei danni risarcibili».

¹⁹⁴ Meritevole di segnalazione è, sotto questo profilo, l'opinione dottrinale secondo cui «la quantificazione del risarcimento del danno da illecito concorrenziale, travalica le categorie del danno emergente e del lucro cessante di cui all'art. 1223. Il danno in questione, che è perdita di *chances*, può essere rilevato e quantificato solo nei termini statistici e finanziari che trascendono questo binomio (...) La tutela oggettiva della concorrenza e del mercato (luogo di ottimizzazione delle chances patrimoniali), in cui si iscrive la tutela anche risarcitoria del vantaggio competitivo, spe-

Non a caso i redattori di due delle recenti proposte di legge sulle azioni collettive hanno deciso di inserire nei loro schemi normativi la previsione secondo cui «su richiesta del promotore della classe, il giudice, qualora verifichi che il vantaggio economico ottenuto dal convenuto conseguente agli illeciti plurioffensivi è maggiore del risarcimento del danno quantificato ai sensi dell'art. 1223 del codice civile, stabilisce un risarcimento a favore della classe pari al vantaggio economico derivante dagli illeciti plurioffensivi accertati»¹⁹⁶.

Fondata su considerazioni analoghe è apparsa, inoltre, l'impostazione data al caso R. C. Auto dal Giudice di pace di Bitonto, nella summenzionata sentenza dello scorso 21 maggio¹⁹⁷, ove l'autorità pugliese ha rilevato che «se il risarcimento dei danni fosse ancorato ai canoni generali sanciti negli artt. 1223 e 1224, comma 1, c.c., il principio di effettività del diritto comunitario ne risulterebbe gravemente compromesso, in quanto l'autore dell'illecito, con altissimo grado di probabilità, continuerebbe comunque a trarne profitto. Perciò, il danno da liquidarsi deve essere di entità tale da render certo l'annullamento di qualsiasi vantaggio economico tratto da un soggetto partecipe di un'intesa anticoncorrenziale o di una pratica concordata»¹⁹⁸.

cifica la funzione compensativa del rimedio come reintegrazione del danneggiato nella migliore delle situazioni patrimoniali che avrebbe potuto conseguire senza lesione». A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, in AA. VV., *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, cit. supra, nota 190, p. 194 ss.

¹⁹⁵ Ed una non irrilevante apertura verso soluzioni liquidative per certi aspetti innovative (che pur rimanendo, cioè nell'alveo della funzione risarcitoria dell'obbligazione aquiliana, vadano al di là dei consueti canoni utilizzati per la quantificazione della stessa), pare possa scorgersi nella previsione della c.d. «retroversione degli utili», contenuta, oggi, nell'art. 125 del Codice di proprietà industriale italiano, cit. supra, nota 89, e, già da tempo, nell'art. 12 della "legge sulla stampa" (la n. 47 dell'8 febbraio 1948). In parte diversa, ma ormai superata, in virtù dell'entrata in vigore del dlgo n. 152 del 3 aprile 2006, è la questione riguardante il risarcimento del danno ambientale, che, così come configurato nell'abrogato art. 18 della legge n. 349/1986, aveva suscitato in dottrina un acceso dibattito per la sua presunta idoneità «a superare la mera logica risarcitoria del danno per garantire una piena apertura a sanzioni afflittive con finalità disincentivanti». Così P. PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazione da "vorrei, ma non posso"?*, in Riv. crit. dir. priv., 2007, p. 353, al quale si rinvia anche per l'ampia bibliografia sul tema.

¹⁹⁶ Così nell'art. 12 (rubricato «danni punitivi») delle proposte di legge AC 1330 (*Fabris ed altri*) e AC 1443 (*Poretti, Capezzone*), cit. supra, nota 164.

¹⁹⁷ Partendo da queste premesse, valevoli secondo l'avvocato Serini sia nelle ipotesi in cui si tratti di comportamenti anticoncorrenziali vietati dall'art. 81 del Trattato, sia nei casi in cui le intese rientrino nella sfera di applicazione dell'art. 2 della legge n. 287/90, il giudice di pace «ritiene di riconoscere all'attore un danno nella misura del doppio, rispetto all'ammontare dei premi esatti dalla convenuta in esecuzione dell'intesa anticoncorrenziale».

¹⁹⁸ Nella gran parte degli ordinamenti europei, in realtà, non pare ci si muova ancora verso una tale soluzione, e, nonostante in Italia alcuni avvocati o giudici di merito abbiano tentato di individuare un qualche fondamento normativo cui collegare il riconoscimento di danni *non compensatory*, come ad esempio l'art. 96 c.p.c., un autorevole studioso ha ricordato che anche tale disposizione trova un «limite invalicabile» in un principio fondamentale del sistema italiano di responsabilità civile, che stabilisce quale importo massimo della condanna, un *quantum* pari al risarcimento del danno cagionato. Cfr. P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della "class action"*, cit. supra, nota 159, p. 2228. Si tenga inoltre conto che, come ha affermato M. LIBERTINI, *Il risarcimento del danno*, cit. supra, nota 190, p. 168, con riguardo alla possibilità che il risarcimento del danno possa avvantaggiare troppo (non il consumatore, ma eventuali) imprese concorrenti che ne beneficiano, «proprio in materia di concorrenza l'eventuale sovrastima del danno (...)

I rischi connessi a pronunce giudiziarie come quella da ultimo citata sono fin troppo evidenti per meritare un qualche commento¹⁹⁹.

Certamente essi confermano la necessità di una chiara presa di posizione degli organi legislativi (tanto nazionali, quanto comunitari) sia con riguardo alla possibilità di riconoscere forme di liquidazione di danni non risarcitori²⁰⁰, sia in merito alla necessità di introdurre regole (di semplificazione processuale) uniformi nella Comunità²⁰¹.

Angelo Ferraro*

può essere ancor meno giustificata che in altri campi (...) infatti, darebbe all'imprenditore risarcito un vantaggio competitivo (in termini finanziari) non giustificato dai suoi meriti concorrenziali, e ciò si ritorcerebbe non solo a danno dell'autore dell'illecito (il che potrebbe a prima vista sembrare accettabile su un piano equitativo) ma anche a danno di soggetti terzi, che si trovano (e devono rimanere) in posizione neutra rispetto alla controversia di cui si tratta».

¹⁹⁹ Cfr., in particolare, le serrate critiche di M. R. MAUGERI, *Violazione della disciplina anti-trust*, cit. *supra*, nota 5, *passim*.

²⁰⁰ E, da questo punto di vista, stando a quanto è emerso dal dibattito che ha preceduto la controversa formulazione dell'art. 26 del recentissimo Regolamento comunitario sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, "ROMA II", n. 864/2007, in *Gu-Ue* n. L 199 del 31 luglio 2007, p. 40 non pare che le istituzioni comunitarie siano al momento completamente favorevoli all'introduzione della figura dei danni punitivi nello «spazio giuridico europeo», poiché essa sembrerebbe mostrarsi (almeno secondo alcuni membri degli organi istituzionali europei) addirittura contraria all'ordine pubblico comunitario. Cfr. l'art. 24 della proposta di Regolamento, Com(2003)427 def. - COD 2003/0168, poi modificato, con eliminazione di ogni riferimento ai danni punitivi (recuperato, però, nel *considerando* n. 32), come si può evincere dal documento Com(2003)83 def.

²⁰¹ Risultano esservi procedimenti semplificati per le controversie riguardanti danni c.d. «bagatellari» in Spagna, Irlanda, Svezia, Regno Unito, Germania, e Francia. Non vi sono procedimenti speciali per le controversie di modesta entità nei Paesi del Benelux, in Danimarca e Portogallo, e, sotto certi aspetti neppure in Austria e Finlandia (in questi ultimi due Paesi, però, i codici di procedura civile prevedono varie norme atte a semplificare le procedure ordinarie per le controversie concernenti danni di modesta entità). Degne di nota, sono, invece, le recenti iniziative adottate dalle istituzioni comunitarie in relazione, non solo ai procedimenti concernenti le azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* (cfr. il punto 2.5 del *Libro Verde sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, cit. *supra*, nota 51), ma anche a quelli riguardanti le cause aventi ad oggetto i c.d. *small claims*. Cfr. il *Libro verde sul procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento e sulle misure atte a semplificare ed accelerare il contenzioso in materia di controversie di modesta entità*, Com(2002)0746 def.; le *Relazioni del Parlamento europeo A2 - 152/86 del 13 marzo 1987, A3 - 0212/94 e A - 0355/96 del 14 novembre 1996*; nonché il *Memorandum della Commissione «L'accesso dei consumatori alla giustizia»* e le *Comunicazioni complementari*, rispettivamente del 12 dicembre 1984, Com(84)692) e del 7 maggio 1987, Com(87)210; la *Comunicazione della Commissione «Nuovo impulso per la politica dei consumatori»*, Com(85)314 def. del 23 luglio 1985; il *Piano d'azione sull'accesso dei consumatori alla giustizia e sulla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato interno*, del 14 dicembre 1996, Com(96)13; la *Comunicazione della Commissione «Verso una maggiore efficienza nell'ottenimento e nell'esecuzione delle decisioni nell'ambito dell'Unione europea»*, Com(97)609 def. del 22 febbraio 1997; il *Libro verde «L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico»*, Com(93)576; il *Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*, Com(2002)196 def. del 19 aprile 2002. Meritevole di segnalazione appare, infine, il Regolamento n. 861/2007 dell'11 luglio 2007, che istituisce un procedimento europeo per controversie di modesta entità, in *Gu-Ue* n. L 199 del 31 luglio 2007, p. 1, la cui più evidente lacuna (probabilmente volontaria) rimane però la mancata previsione di un ulteriore strumento processuale, ossia la *class action* (reputata forse superflua in considerazione della particolare strutturazione del procedimento europeo per gli *small claims*, già sufficientemente adeguata a tutelare la posizione delle parti danneggiate).

* Dottore di Ricerca in Diritto Civile / Università "Mediterranea" di Reggio Calabria.

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

PROTEZIONE DELL'AMBIENTE MARINO E PREVENZIONE CONTRO L'INQUINAMENTO ACCIDENTALE DA IDROCARBURI: DETERMINAZIONE DELLE GARANZIE STRUTTURALI DEI MEZZI DI TRASPORTO

Regolamento (Ce) n. 457/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 aprile 2007 che modifica il regolamento (Ce) n. 417/2002 sull'introduzione accelerata delle norme in materia di doppio scafo o di tecnologia equivalente per le petroliere monoscafo*

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'art. 80, par. 2,
vista la proposta della Commissione,
visto il parere del Comitato economico e sociale europeo¹,
previa consultazione del Comitato delle regioni,
deliberando secondo la procedura di cui all'art. 251 del Trattato²,
considerando quanto segue:
1. Il regolamento (Ce) n. 417/2002³ prevede l'introduzione accelerata delle norme in materia di doppio scafo o di tecnologia equivalente stabilite dalla convenzione internazionale del 1973 per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi, modificata dal protocollo del 1978 («MARPOL 73/78») per le petroliere monoscafo, al fine di ridurre il rischio di inquinamento accidentale da idrocarburi nelle acque europee.

* In *Gu-Ue* n. L 113 del 30 aprile 2007, p. 1 s. In argomento v. *infra*, p. 161 ss., il commento di LEONARDO PASQUALI.

¹ *Gu-Ue* n. C 318 del 23 dicembre 2006, p. 229.

² Parere del Parlamento europeo del 14 dicembre 2006 (non ancora pubblicato nella *Gazzetta ufficiale*) e decisione del Consiglio del 22 marzo 2007.

³ *Guce* n. L 64 del 7 marzo 2002, p. 1. Regolamento modificato da ultimo dal regolamento (Ce) n. 2172/2004 della Commissione (*Gu-Ue* n. L 371 del 18 dicembre 2004, p. 26).

2. Il regolamento (Ce) n. 417/2002 ha istituito disposizioni che vietano il trasporto dei prodotti petroliferi pesanti nelle petroliere monoscafo dirette a o provenienti da porti dell'Unione europea.

3. A seguito di un'iniziativa degli Stati membri e della Commissione all'interno dell'Organizzazione marittima internazionale (IMO), tale divieto è stato recepito a livello mondiale tramite una modifica dell'allegato I di MARPOL 73/78.

4. I par. 5, 6 e 7 della regola 13H dell'allegato I a MARPOL 73/78, relativa al divieto di trasporto di prodotti petroliferi pesanti in petroliere monoscafo, prevedono la possibilità di deroghe all'applicazione di talune disposizioni della regola 13H. La dichiarazione della presidenza italiana del Consiglio europeo per conto dell'Unione europea, che figura nella relazione ufficiale del Comitato per la protezione dell'ambiente marino dell'IMO (MEPC 50), esprime un impegno politico a non invocare tali deroghe.

5. A norma del regolamento (Ce) n. 417/2002, una nave battente bandiera di uno Stato membro potrebbe beneficiare delle deroghe di cui alla regola 13H ove operi al di fuori dei porti o terminali *offshore* soggetti alla giurisdizione di uno Stato membro, pur restando conforme al regolamento (Ce) n. 417/2002.

6. È pertanto opportuno modificare di conseguenza il regolamento (Ce) n. 417/2002,

hanno adottato il presente regolamento:

Articolo 1

L'art. 4, par. 3, del regolamento (Ce) n. 417/2002 è sostituito dal seguente:

«3. Nessuna petroliera che trasporta prodotti petroliferi pesanti è autorizzata a battere la bandiera di uno Stato membro, salvo se tale petroliera è una petroliera a doppio scafo.

Nessuna petroliera che trasporti prodotti petroliferi pesanti, indipendentemente dalla bandiera che batte, è autorizzata ad accedere a o uscire da porti o terminali *offshore* sotto la giurisdizione di uno Stato membro o a gettare l'ancora in una zona sotto la giurisdizione di uno Stato membro, salvo se tale petroliera è una petroliera a doppio scafo».

Articolo 2

Il presente regolamento entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

Il presente regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri.

(*Omissis*)

LA NORMATIVA COMUNITARIA SULLA PREVENZIONE DEI DANNI DERIVANTI DAL TRASPORTO MARITTIMO DEGLI IDROCARBURI

Sommario: 1. *Esigenze di disciplina della materia e differenti livelli di approccio normativo* - 2. *L'approccio tradizionale alla disciplina della funzione di controllo: il ruolo dello Stato di bandiera* - 3. *L'ampliamento della titolarità della funzione di controllo: il ruolo dello Stato di approdo* - 4. *Determinazione uniforme delle garanzie strutturali dei mezzi di trasporto* - 5. *Caratteristiche della normativa elaborata autonomamente dall'Unione europea* - 6. *Rapporto fra diritto comunitario e diritto internazionale universale.*

1. Esigenze di disciplina della materia e differenti livelli di approccio normativo

Il fenomeno delle c.d. «maree nere», originate da gravissimi incidenti come, ad esempio, quelli "storici" della *Torrey Canyon*, dell'*Amoco-Cadiz*¹, quelli successivi del *Polycomander*, dell'*Urquiola*, dell'*Andros Patria* e dell'*Aegean Sea*², nonché, da ultimo, quelli dell'*Erika* e della *Prestige*³ hanno

¹ Il primo dei due incidenti ebbe luogo a sud del Regno Unito nel 1967, mentre il secondo, così come avverrà più tardi per l'*Erika*, si è verificato nel 1978 vicino alla costa della Bretagna, in Francia. In entrambi i casi quantità enormi di idrocarburi si riversarono in mare (rispettivamente 110.000 tonnellate per la *Torrey Canyon* e ben 220.000 tonnellate per la *Amoco-Cadiz*). Questi incidenti resero drammaticamente evidente da una parte quanto gli attuali Stati membri dell'Unione europea siano esposti al rischio di «maree nere» e dall'altra parte la necessità della cooperazione internazionale in materia (è emblematico il caso della *Amoco-Cadiz*, che era stata costruita in Spagna: l'armatore era statunitense, ma il capitano italiano e la ciurma composta da persone di varie nazionalità, in particolare provenienti dal Sud-Est asiatico; inoltre batteva bandiera liberiana, stava viaggiando dal Medio Oriente a Rotterdam, il salvataggio fu tentato da una società tedesca, ma la maggior parte dei danni ebbero luogo in Francia).

² I tre incidenti, accaduti fra il 1970 ed il 1992, hanno causato maree nere rispettivamente di 50.000, 110.000, 50.000 ed 80.000 tonnellate di idrocarburi.

³ Come già accennato, l'incidente dell'*Erika* è avvenuto al largo delle coste della Bretagna, in Francia, nel 1999, mentre quello della *Prestige* si è prodotto nel 2002 vicino alle coste della Galizia, in Spagna. In entrambi i casi le navi, che trasportavano rispettivamente 50.000 e 77.000 tonnellate di petrolio combustibile pesante, si sono spaccate in due. Tuttavia, mentre nel caso dell'*Erika* sono fuoriuscite "solo" 10.000 tonnellate di petrolio, nel caso della *Prestige* ben 63.000 tonnellate sono finite in mare. Comunque, ciò che più colpisce è l'analogia fra le cause dei due incidenti: si trattava infatti di navi vecchie, con molti anni di navigazione, conservate male e sottoposte di recente a riparazioni compiute in condizione di insufficiente sicurezza, dotate di un solo scafo ed il cui equipaggio non aveva avuto una formazione ed una preparazione idonee.

prepotentemente portato alla ribalta la problematica dei danni che l'inquinamento può provocare all'ambiente marino, rivelando al contempo l'inadeguatezza degli strumenti forniti dal diritto statale e dal diritto internazionale universale per contrastare tale fenomeno.

Non si può peraltro trascurare che la evidente moltiplicazione di tali incidenti è il frutto non desiderato di vari fattori oggettivi. In particolare, bisogna prendere in considerazione il moltiplicarsi dei movimenti delle petroliere e delle rotte da esse affrontate, specialmente nel Mediterraneo; il sempre maggiore sfruttamento economico del trasporto marittimo, che ha portato a fenomeni indubbiamente deprecabili, quali le c.d. "bandiere ombra" nonché l'iscrizione delle navi nei registri di Stati compiacenti ed infine la naturale obsolescenza progressiva delle flotte che ha enormemente accentuato il rischio di incidenti.

Per far fronte a questa situazione si rivelano inadeguati sia gli strumenti forniti dal diritto internazionale universale che quelli propri del diritto interno, non essendo di per sé sufficienti ad eliminare i problemi che possono insorgere in materia, come dimostrato proprio dal ripetersi di gravi incidenti quali quelli citati.

Per quanto concerne il diritto internazionale, infatti, si debbono sottolineare le ben note difficoltà di elaborare una disciplina giuridica uniforme in una comunità come quella internazionale, caratterizzata da Stati sovrani portatori di interessi fortemente diversificati. Nella fattispecie in esame c'è un conflitto di interessi legato al fatto che sebbene la normativa internazionale imponga agli Stati di bandiera di rifiutare certe navi, le compagnie petrolifere fanno resistenza. Lo stesso principio-cardine in materia di diritto ambientale, «chi inquina paga» è un principio indubbiamente gravoso. L'accettazione delle regole, insomma, comporta notevoli costi sul piano economico.

Il diritto interno, invece, presenta un doppio limite. Da una parte, infatti, esso sconta una debolezza di tipo strutturale, essendo la navigazione un'attività avente natura essenzialmente internazionale (non potendosi certo comparare la navigazione di cabotaggio con i collegamenti marittimi internazionali). Né d'altronde si può sostenere che l'inquinamento marino conosca o rispetti i confini fra Stati. Dall'altra parte, siccome il diritto interno in materia è anche di origine internazionale, non può non riflettere la cennata insufficienza, propria del diritto internazionale.

Risulta pertanto palese l'importanza dell'azione della Comunità europea in ambito di sicurezza del trasporto marittimo⁴ e ciò sotto un triplice profilo:

⁴ Sul ruolo svolto dall'Unione europea nello sviluppo del diritto del mare v. anche U. JENISCH, *The European Union as an Actor in the Law of the Sea*, in *German Yearbook of International Law*, vol. 48, 2005, pp. 223-264. Ancor più in generale, v. il recente Libro Verde della Commissione «Verso la futura politica marittima dell'Unione: Oceani e mari nella visione europea», Com(2006)275 finale, del 7 giugno 2006.

in primo luogo per la delicatezza delle rotte, considerando che gli Stati membri dell'Unione europea esercitano la propria sovranità su porzioni di mari quali il Mediterraneo (ovvero un mare semi-chiuso) o il Mare del Nord, ove le conseguenze di navi addette al trasporto degli idrocarburi sono particolarmente gravi; in secondo luogo perché molti Stati membri sono importatori di idrocarburi e dipendono quindi in buona parte dal trasporto via mare di tali beni; in terzo luogo in quanto l'Unione europea è dotata di buoni strumenti per l'emanazione anche di norme veramente efficaci e non dotate di mera precettività generica.

Le linee-guida di tale azione sono espresse nella Risoluzione del Consiglio dell'8 giugno 1993 «per una politica comune della sicurezza dei mari»⁵, seguita dall'adozione di una serie di atti normativi da parte delle istituzioni comunitarie⁶. Un impulso decisivo all'azione dell'UE in materia venne tuttavia dai summenzionati incidenti dell'*Erika* e della *Prestige*.

La Commissione reagì invero assai rapidamente dopo l'incidente dell'*Erika*, proponendo il 21 marzo 2000 un primo pacchetto di misure destinate a rafforzare significativamente la sicurezza del trasporto marittimo petrolifero (conosciuto come «pacchetto Erika I») e completando l'opera il 6 dicembre 2000, con la stesura di un secondo pacchetto di misure («pacchetto Erika II»)⁷.

Il pacchetto Erika I si concretizzò in tre atti normativi, la direttiva n. 2001/105 del 19 dicembre 2001⁸, recante modifiche alla direttiva n. 94/57/Ce del Consiglio, del 22 novembre 1994, relativa alle disposizioni ed alle norme comuni per gli organi che effettuano le ispezioni e le visite di controllo delle navi e per le pertinenti attività delle amministrazioni marittime⁹, la direttiva n. 2001/106 del 19 dicembre 2001¹⁰, recante modifiche alla direttiva n. 95/21/Ce del Consiglio, del 19 giugno 1995, relativa all'attuazione di norme internazionali per la sicurezza delle navi, la prevenzione dell'inquinamento e le con-

⁵ Risoluzione del Consiglio su una politica comune sulla sicurezza dei mari, in *Guce* n. C 271 del 7 ottobre 1993, p. 1, anche se l'azione comunitaria nel settore dell'inquinamento marino dovuto a cause accidentali o intenzionali ha avuto inizio nel 1978.

⁶ Trattasi in particolare delle direttive n. 94/57 del 22 novembre 1994, n. 95/21 del 19 giugno 1995, n. 96/98 del 20 dicembre 1996, n. 96/40 del 25 giugno 1996, n. 97/70 dell'11 dicembre 1997, nonché del Regolamento n. 2978/94 del 21 novembre 1994.

⁷ Parallelamente, al fine precipuo di semplificare le misure già adottate e di rafforzarne al contempo la coerenza, integrandole in un quadro unico di cooperazione per il periodo dal 1° gennaio 2000 al 31 dicembre 2006, venne adottata la decisione n. 2850/2000/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2000, che istituisce un quadro comunitario di cooperazione nel settore dell'inquinamento marino dovuto a cause accidentali o intenzionali, in *Guce* n. L 332 del 28 dicembre 2000, p. 1. Sul tema della cooperazione fra gli Stati membri e la Commissione, concretizzatasi sostanzialmente nella realizzazione di varie azioni, principalmente seminari, progetti pilota e corsi di formazione, v. la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Com(2006)863 def., del 22 dicembre 2006.

⁸ *Guce* n. L 19 del 22 gennaio 2002, p. 9.

⁹ *Guce* n. L 319 del 12 dicembre 1994, p. 20.

¹⁰ *Guce* n. L 19 del 22 gennaio 2002, p. 17.

dizioni di vita e di lavoro a bordo, per le navi che approdano nei porti comunitari e che navigano nelle acque sotto la giurisdizione degli Stati membri (c.d. controllo dello Stato di approdo)¹¹, ed il Regolamento (Ce) n. 417/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 febbraio 2002, sull'introduzione accelerata delle norme in materia di doppio scafo o di tecnologia equivalente per le petroliere monoscafo¹².

Il pacchetto Erika II consisteva invece della direttiva n. 2002/59/Ce del 27 giugno 2002, relativa all'istituzione di un sistema comunitario di monitoraggio del traffico navale e d'informazione¹³, che abroga la direttiva n. 93/75/Cee¹⁴, e del Regolamento (Ce) n. 1406/2002 del 27 giugno 2002, istitutivo di un'Agenzia europea per la sicurezza marittima¹⁵.

Le norme relative avrebbero dovuto tuttavia entrare in vigore soltanto a decorrere dal gennaio 2003 e con gradualità. Sebbene già alla riunione del Consiglio europeo di Nizza del dicembre 2000 gli Stati membri si fossero impegnati ad applicare in anticipo le disposizioni approvate, l'incidente della *Prestige* rese ancora più evidente l'urgenza dell'applicazione di quanto previsto da tali norme, determinando il superamento delle scadenze indicate.

È in questo contesto che si inserisce l'adozione, da parte dell'Unione europea, di un pacchetto normativo concernente il controllo da parte dello Stato di approdo, di disposizioni per gli organi che effettuano le visite di ispezione delle navi e dell'introduzione accelerata dell'obbligo di doppio scafo o di tecnologia equivalente per le petroliere monoscafo. Data fondamentale di tale processo è il 29 novembre 2002, quando sulla *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* n. L 324 sono stati pubblicati sia il Regolamento (Ce) n. 2099/2002, del 5 novembre 2002, che istituisce un comitato per la sicurezza marittima e la prevenzione dell'inquinamento provocato dalle navi (COSS), e modifica i regolamenti in materia di sicurezza marittima e di prevenzione dell'inquinamento provocato dalle navi, sia la direttiva n. 2002/84/Ce, del 5 novembre 2002, che modifica le direttive in materia di sicurezza marittima e di prevenzione dell'inquinamento provocato dalle navi. Più specificamente, la direttiva n. 2002/84/Ce ha modificato sia la summenzionata direttiva n. 94/57/Ce che la succitata direttiva n. 95/21/Ce, mentre il Regolamento n. 2099/2002 ha novellato il Regolamento (Ce) n. 417/2002 di cui sopra, abrogando al tempo stesso il Regolamento (Ce) n. 2978/94.

¹¹ *Guce* n. L 157 del 7 luglio 1995, p. 1.

¹² *Guce* n. L 64 del 7 marzo 2002, p. 1.

¹³ *Guce* n. L 208 del 5 agosto 2002, p. 10.

¹⁴ *Guce* n. L 247 del 5 ottobre 1993, p. 19.

¹⁵ *Guce* n. L 208 del 5 agosto 2002, p. 1.

La circostanza che questi atti normativi siano stati pubblicati solo dieci giorni dopo l'affondamento della *Prestige* ci fa capire come, anche in quest'occasione, seguendo una tradizione (purtroppo) consolidata della politica, in materia di sicurezza della navigazione, si sia agito sulla scorta di ciò che la dottrina denomina «*post-catastrophe syndrome*», intervenendo peraltro su materie sulle quali si era legiferato da pochi mesi (come dimostra il fatto che il Regolamento (Ce) n. 417/2002 sull'introduzione accelerata delle norme in materia di doppio scafo o di tecnologia equivalente per le petroliere monoscafo risale, appunto, al 18 febbraio 2002, mentre le più recenti novelle sia alla direttiva n. 94/57/Ce relativa alle norme comuni per gli organi che effettuano le ispezioni e le visite di controllo delle navi, sia alla direttiva n. 95/21/Ce in materia di controllo dello Stato di approdo sono entrambe del 19 dicembre 2001). D'altronde, come sottolineò opportunamente la Commissione europea, la catastrofe della *Prestige*, avvenuta meno di tre anni dopo l'incidente dell'*Erika*, ha messo ulteriormente in rilievo la necessità e l'urgenza di un'azione rigorosa per proteggere le coste e i cittadini europei contro tali disastri.

Su un piano più generale, il naufragio della *Prestige* pone in evidenza, ancora una volta, la vulnerabilità dell'UE, il cui approvvigionamento di petrolio si effettua al 90% per via marittima. L'incremento del traffico marittimo petrolifero, con navi che trasportano quantità di petrolio molto più rilevanti di quelle contenute nella *Prestige* ed il conseguente aumento del rischio non possono non causare una certa preoccupazione, che aumenta se si considera il rischio aggiuntivo costituito dal trasporto di gasolio pesante (il quale, pur rappresentando soltanto il 10% circa del traffico marittimo di idrocarburi, resta indispensabile per rifornire alcune centrali termiche e le navi mercantili).

Poiché l'incidente della *Prestige* ha sostanzialmente confermato il buon fondamento delle misure proposte dalla Commissione con i pacchetti «*Erika-I* ed *Erika-II*»¹⁶, gli organi comunitari, anziché presentare proposte legislative innovative, hanno quindi deciso di adottare provvedimenti intesi proprio all'applicazione effettiva e rapida del quadro normativo esistente a livello comunitario e cioè principalmente delle misure contenute in tali pacchetti (le quali avrebbero dovuto essere applicate soltanto a decorrere dal 1° gennaio 2003 per quanto riguarda i primi ritiri di petroliere a scafo singolo, dal 22 luglio 2003 per ciò che concerne il controllo da parte dello Stato di approdo e le società di classificazione e dal 5 febbraio 2004 rispetto al monitoraggio del traffico marittimo), senza peraltro esimersi dall'adottare anche iniziative complementari.

¹⁶ Sul tema v., fra gli altri, D. LE MORVAN, *Vers une stratégie européenne en matière de sécurité maritime: les leçons de l'Erika*, in *Espace et ressources maritimes*, n. 13, 1999/2000, p. 21-31; F. ODIER, *L'Erika ou la naissance d'une nouvelle conception de la sécurité maritime*, *ivi*, p. 32-39. Sulle origini invece della politica comunitaria della sicurezza marittima v. Y. VAN DER MENSBRUGHE, *La mise en oeuvre de la politique de la Communauté en matière de sécurité maritime*, in *Espace et ressources maritimes*, n. 9, 1995, p. 128-144.

Sotto il primo profilo sono state prese misure volte ad accelerare l'istituzione dell'Agenzia europea per la sicurezza marittima, a rafforzare il controllo delle prestazioni delle società di classificazione, ad istituire una rete telematica trans-europea di monitoraggio del traffico marittimo, a pubblicare un elenco indicativo delle navi fuori norma e ad accelerare la preparazione dei piani per l'accoglienza delle navi in luoghi di rifugio. Sotto il secondo profilo (iniziative complementari), invece, possiamo citare l'adozione di misure specifiche per il trasporto di gasolio pesante, le modifiche al regime internazionale di responsabilità per inquinamento (ed alle sanzioni penali che esso prevede), l'istituzione di un sistema di riconoscimento comunitario dei certificati di competenza dei marittimi rilasciati al di fuori dell'Unione europea, l'uso delle notifiche dei piloti e la protezione delle acque costiere dell'Unione europea.

In generale, la normativa di diritto ambientale persegue un doppio obiettivo: da una parte essa interviene *a priori*, imponendo misure preventive, tendenti ad evitare il verificarsi di danni (o almeno a limitarne il numero e l'entità); dall'altra invece essa interviene *a posteriori*, occupandosi di dettare la disciplina del risarcimento del danno verificatosi (che invero si riverbera anche sulla prevenzione, grazie all'effetto di deterrenza). Orbene, in questa analisi concentreremo la nostra attenzione solo sulla prima delle due fasi, quella di prevenzione, appunto.

Questa delimitazione *ex professo* riceve rinnovato fondamento dalle novità in materia. La seconda fase, infatti, non solo è ricca di aspetti tecnici pregnanti, ma è anche così densa di sviluppi recenti e recentissimi¹⁷ che meriterebbe un'indagine così approfondita che darebbe dimensioni sproporzionate

¹⁷ In primo luogo ci si riferisce all'adozione della direttiva n. 2004/35/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale (*Guce* n. L 143 del 30 aprile 2004, p. 56) la quale, sebbene riguardi solo in maniera assai parziale l'inquinamento marino dovuto a cause accidentali, deve indubbiamente essere considerata la prima pietra nella costruzione di un quadro comune di responsabilità al fine di prevenire i danni ambientali causati dagli incidenti di questo genere. Per un commento alla direttiva n. 2004/35/Ce v. A. FERRERI, *La direttiva n. 2004/35/Ce sulla prevenzione e riparazione del danno ambientale*, in questa *Rivista*, 2005, p. 337 ss. nonché F. CAPELLI, *La direttiva n. 2004/35/Ce sul danno ambientale: aspetti giuridici*, *ivi*, p. 815 ss.

In secondo luogo bisogna evidenziare l'azione dell'Unione europea volta a creare una disciplina uniforme di tipo sanzionatorio per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi ed alle resistenze da essa incontrate, come dimostrano i ricorsi presentati alla Corte di giustizia nei confronti della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2005/35/Ce del 7 settembre 2005, relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni, *Guce* n. L 255 del 30 settembre 2005, p. 11 e della decisione quadro n. 2005/667/GAI del Consiglio del 12 luglio 2005, intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi, *Guce* n. L 255 del 30 settembre 2005, p. 164. Mentre quest'ultima è stata annullata di recente dalla Corte di giustizia con sentenza del 23 ottobre 2007 in causa n. C-440/05, non ancora pubblicata in *Raccolta*, ma consultabile sul sito internet: <http://curia.europa.eu>, la causa n. C-308/06 relativa alla compatibilità fra la direttiva n. 2005/35/Ce e le norme di rango superiore, non è ancora stata decisa con sentenza, anche se l'Avvocato Generale, nelle sue conclusioni presentate il 20 novembre 2007 scorso (e consultabili anch'esse sul sito internet: <http://curia.europa.eu>) afferma che tale incompatibilità non sussiste.

Infine non si può trascurare il recentissimo orientamento della giurisprudenza francese che, nel gennaio 2008 ha preso posizione sul caso *Erika* affermando profili inusitati di tipo di risarcimento.

al lavoro, anche rispetto alla sede di collocazione dello stesso.

Inoltre, per quanto sinora affermato, ci occuperemo essenzialmente dei profili di diritto comunitario e non degli aspetti di diritto internazionale universale in quanto, nella materia in esame, le prescrizioni desumibili dalla normativa internazionale risultano essere un mero presupposto per l'adozione della normativa comunitaria, la quale cerca di ovviare alle eventuali carenze della normativa internazionale, svolgendo sostanzialmente una funzione di tipo integrativo di quest'ultima la quale, appunto, si limita a dettare dei principi di carattere generale.

Di conseguenza, l'esame della disciplina di diritto internazionale universale sarà limitato a riferimenti puntuali, funzionali ad una migliore comprensione del diritto comunitario.

La normativa comunitaria sulla prevenzione dei danni derivanti dal trasporto marittimo degli idrocarburi verrà studiata tenendo conto delle modalità dell'azione dell'Unione europea in ambito di sicurezza del trasporto marittimo, che da una parte ha provveduto a responsabilizzare gli Stati membri, obbligandoli a compiere ispezioni e controlli adeguati non solo in quanto Stati di bandiera, ma anche in quanto Stati d'approdo utilizzando, a tal fine, lo strumento della direttiva, mentre d'altra parte è intervenuta direttamente, dettando delle prescrizioni strutturali che vietano *tout court* alle navi che non presentino determinate garanzie di sicurezza di accedere a – o salpare da – un porto o terminale *off-shore*, nonché di gettare l'ancora in una zona di mare posta sotto la giurisdizione di uno Stato membro, a prescindere dalla bandiera che battono.

Pertanto, nei paragrafi che seguono, verranno analizzati in successione il ruolo dello Stato di bandiera, quello dello Stato di approdo e la determinazione uniforme delle garanzie strutturali dei mezzi di trasporto, per poi concludere con alcune considerazioni sulle caratteristiche della normativa elaborata autonomamente dall'Unione europea e sul rapporto fra diritto comunitario e diritto internazionale universale.

2. L'approccio tradizionale alla disciplina della funzione di controllo: il ruolo dello Stato di bandiera

L'azione fondamentale che lo Stato membro dell'Unione europea può e deve svolgere, in qualità di Stato di bandiera, è quella di ispezione, controllo e certificazione delle navi battenti la propria bandiera.

Ciò è previsto non tanto e non solo dal diritto comunitario, ma anche e soprattutto dal diritto internazionale, in particolare dalla Convenzione internazionale sulla salvaguardia della vita umana in mare (SOLAS 74), dalla Convenzione internazionale sulla linea di carico (LL 66) e dalla Convenzione internazionale sulla prevenzione dell'inquinamento del mare da navi (MARPOL 73/78).

Importantissimo in materia è altresì l'«*ISM Code*»¹⁸, che impone all'armatore l'adozione di un sistema di gestione della sicurezza (*safety management system*), stabilendo inoltre che la verifica della rispondenza ai requisiti dello stesso *ISM Code* spetti allo Stato di bandiera della nave (o alle organizzazioni cui quest'ultimo decida eventualmente di delegare tale attività), il quale è anche responsabile per il rilascio di certificati quali il DOC¹⁹ o il SMC²⁰.

La normativa comunitaria di base in materia è costituita dalla direttiva n. 94/57/Ce del Consiglio, del 22 novembre 1994, che detta norme comuni per gli organi che effettuano le ispezioni e le visite di controllo delle navi. Tale direttiva, ai sensi del suo art. 16, comma 1, avrebbe dovuto essere trasposta entro il 31 dicembre 1995, termine che purtroppo non tutti gli Stati membri hanno rispettato²¹.

Fra tale normativa e quella internazionale sussiste uno stretto legame, per capire il quale è sufficiente leggere i *considerando* 4 e 5 della direttiva stessa, che fanno appunto esplicito riferimento al diritto internazionale. L'obiettivo perseguito dalla direttiva è tuttavia doppio, come si evince dal suo art. 1: se da un lato si desidera che gli Stati membri si conformino alle convenzioni internazionali sulla sicurezza in mare e sulla prevenzione dell'inquinamento marino, dall'altro si tiene in debito conto anche la realizzazione delle libertà fondamentali sancite dal Trattato CE e, in particolare, la libera prestazione di servizi.

Sebbene la responsabilità della verifica della conformità alle norme internazionali in materia di sicurezza e di prevenzione dell'inquinamento in mare e del rilascio dei corrispondenti certificati per quanto concerne le navi iscritte nei registri nazionali spetti, in base al diritto internazionale, ai governi statali, questi ultimi hanno sovente deciso di delegare tale attività, in tutto o in parte, ad enti *ad hoc*, le società di classificazione. Questa scelta (peraltro pienamente legittima, nella misura in cui è espressamente prevista dal diritto interna-

¹⁸ L'*ISM Code*, o *International Management Code for the Safe Operations of Ships and Pollution Prevention*, fu adottato dall'assemblea dell'IMO nel 1993 ed è entrato in vigore rispettivamente dal 1° luglio 1998 per certi tipi di navi (quali navi passeggeri, *tankers* etc.) e dal 1° luglio 2002 per gli altri tipi di navi.

¹⁹ Il DOC, o *Document Of Compliance* è un documento che ha una durata di cinque anni, ma soggetto a verifica annuale, che lo Stato di bandiera rilascia alla compagnia di navigazione dopo aver verificato che il sistema di gestione della sicurezza adottato da quest'ultima è conforme a quanto previsto nell'*ISM Code* ed è risultato operativo da almeno tre mesi a bordo di ogni nave della compagnia.

²⁰ Il SMC o *Safety Management Certificate* è invece un documento, anch'esso di durata quinquennale, ma soggetto ad almeno una verifica intermedia, con cui lo Stato di bandiera attesta che lo *standard* internazionale per la gestione sicura della nave e la prevenzione dell'inquinamento previsto dall'*ISM Code* è rispettato dall'armatore e dall'equipaggio, nella gestione di una singola nave.

²¹ In particolare, Belgio, Irlanda e Italia sono stati condannati dalla Corte di giustizia per non avere adottato nel termine prescritto le disposizioni necessarie per conformarsi alla direttiva (rispettivamente sentenze della Corte di giustizia del 14 maggio 1998 in causa n. C-368/97, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2967; del 15 settembre 1998 in causa n. C-431/97, *Commissione c. Irlanda*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 5055 e del 12 marzo 1998 in causa n. C-313/97, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1191).

zionale) è legata alla complessità ed alla peculiarità dell'attività di ispezione, controllo e certificazione, che richiede conoscenze tecniche e competenze professionali di un certo livello, così come ampie risorse sia sul piano umano che tecnico. Il problema che sussiste (e che non trova soluzione nel diritto internazionale) è che non tutte le svariate società di classificazione esistenti al mondo offrono il medesimo livello di qualificazione e professionalità. Ciò comporta un rischio concreto: alcune di esse potrebbero non essere sufficientemente affidabili per emettere i certificati previsti dalla legge per conto dei governi nazionali, non disponendo delle strutture e delle competenze necessarie per svolgere i compiti loro affidati. Ben conscio di questa problematica, il Consiglio dell'UE ha deciso di adottare la direttiva n. 94/57/Ce che prevede criteri minimi comuni per gli organismi cui gli Stati membri delegano, per le navi battenti la propria bandiera²², i controlli formali ed il rilascio dei certificati di conformità con le norme internazionali uniformi in materia di sicurezza e di prevenzione dell'inquinamento in mare.

Così, ai sensi dell'art. 3, comma 2 della direttiva, i compiti di controllo, ispezione e certificazione²³, possono essere affidati dagli Stati membri ai soli organismi riconosciuti, intendendo con ciò quelli che soddisfano i criteri minimi fissati nell'allegato della direttiva²⁴.

Quando lo Stato membro decida di autorizzare determinati organismi ad eseguire le attività di ispezione e di controllo relative ai certificati per le navi

²² A norma dell'art. 2, lett. *b.*, della direttiva, per «nave battente bandiera di uno Stato membro» si intende «una nave registrata in uno Stato membro e battente bandiera di uno Stato membro conformemente alla legislazione di quest'ultimo, comprese le navi registrate nell'Euro, quando questo registro sarà approvato dal Consiglio», mentre le navi che non corrispondono a questa definizione sono equiparate alle navi battenti bandiera di un Paese terzo.

²³ Intendendo per «ispezioni e controlli» quelli imposti dalle convenzioni internazionali e più precisamente dalla Convenzione internazionale del 1974 sulla salvaguardia della vita umana in mare, dalla Convenzione internazionale del 1966 sulla linea di carico e dalla Convenzione internazionale del 1973/1978 sulla prevenzione dell'inquinamento del mare da navi, con i relativi protocolli ed emendamenti e dai codici aventi valore vincolante in tutti gli Stati membri, come si evince dal combinato disposto dell'art. 2 della direttiva, lett. *c.* e *d.*

²⁴ Tali criteri si suddividono in «Criteri generali» e «Criteri specifici». Fra i primi, ve ne sono alcuni di tipo quantitativo, quali il numero minimo delle navi (1.000 navi di lungo corso di stazza superiore a 100 TSL), la stazza lorda totale minima (5.000.000 TSL) che l'organismo deve avere nella sua classificazione ed il numero minimo di ispettori che si dedicano esclusivamente ai controlli (100) ed altri di tipo qualitativo, come una vasta esperienza in materia di valutazione degli aspetti inerenti alla progettazione ed alla costruzione di navi mercantili, la pubblicazione sia di norme e regolamenti completi e costantemente aggiornati relativi alla progettazione, alla costruzione ed al controllo periodico delle navi mercantili che del proprio registro navale. Infine, al fine di garantire l'imparzialità dell'organizzazione, è obbligatorio che essa non sia controllata dagli armatori o dai costruttori, né da altri terzi coinvolti commercialmente nella costruzione, nell'armamento, nella riparazione o nell'esercizio di navi, né deve dipendere essenzialmente da un'unica impresa commerciale per quanto concerne le sue entrate.

Per quanto riguarda invece i criteri specifici, rileva come gli organismi debbano essere in possesso delle necessarie capacità di ricerca e sviluppo affinché siano in grado di adottare norme e regolamenti tecnici completi ed un sistema di qualità interno efficace opportunamente documentato. La definizione di tali criteri è stata realizzata prendendo in considerazione la prassi mondiale più adatta, quali le norme EN 45004, EN 29001, i requisiti per la certificazione dei sistemi di qualità dell'IACS e la normativa IMO.

battenti la propria bandiera, non può farlo se non nel pieno rispetto delle libertà fondamentali del Trattato CEE ed in particolare della libera prestazione dei servizi, come chiarisce esplicitamente il *considerando* 2 della direttiva²⁵. È in quest'ottica che va letto il comma 1 dell'art. 5, ai sensi del quale, appunto, gli Stati membri non possono, in linea di massima, rifiutare di autorizzare un organismo riconosciuto²⁶ con sede nella Comunità²⁷. Non si tratta tuttavia di un obbligo assoluto, ma relativo, come già si evince dalla locuzione «in linea di massima». Ed in effetti sussiste un triplice limite.

Anzitutto, l'articolo citato fa salve le norme di cui agli artt. 6 e 11. Si tratta, come vedremo più avanti, di quelle disposizioni che regolano il rapporto fra lo Stato membro e gli organismi riconosciuti dallo stesso, che non avrebbero più ragion d'essere in assenza di questo inciso.

In secondo luogo, il numero degli organismi autorizzati dallo Stato membro può essere limitato dallo stesso in funzione delle sue esigenze, «qualora vi siano motivi obiettivi e trasparenti». Sebbene questa clausola sia indubbiamente utile, la sua genericità rischia fortemente di vanificare l'intero dettato dell'articolo in esame (quali sono i «motivi obiettivi e trasparenti»? Chi decide che sono tali?).

Infine, al comma 2 è prevista la possibilità che, in deroga, la Commissione potesse esentare temporaneamente gli Stati membri dall'obbligo di cui al comma 1 fino al 31 dicembre 1997. Poiché il principio di diritto comunitario della libera prestazione dei servizi trova ovviamente applicazione nel solo territorio dell'Unione europea e non in quello degli Stati non membri, il comma 3 dell'art. 5 prevede che al momento di riconoscere un organismo con sede in un Paese terzo, gli Stati membri sono liberi di subordinare tale autorizzazione al riconoscimento reciproco, da parte del Paese terzo, degli organismi riconosciuti situati nella Comunità.

La direttiva prevede altresì, all'art. 6, comma 1, che gli Stati membri instaurino un rapporto funzionale fra gli organismi riconosciuti e l'amministrazione nazionale competente, dettando anche le norme-quadro di tale rapporto e delineando il ruolo della Commissione.

Ai sensi dell'art. 6, comma 2, la disciplina del rapporto funzionale fra l'amministrazione nazionale competente e gli organismi che agiscono per suo conto spetta al singolo Stato membro, il quale deve definire i compiti e le funzioni specifiche degli organismi mediante un «accordo scritto formale e

²⁵ «considerando che è possibile migliorare la sicurezza e la prevenzione dell'inquinamento in mare (...) perseguendo nel contempo l'obiettivo della libera prestazione dei servizi».

²⁶ Naturalmente, per quanto detto sopra, tale disposizione concerne i soli organismi che soddisfino i requisiti minimi elencati all'allegato.

²⁷ Il criterio scelto dal legislatore comunitario per individuare la sede è piuttosto ampio: si tratta infatti della «località in cui è situata la sede legale, l'amministrazione centrale oppure in cui si svolge l'attività principale di un organismo» (art. 2, lett. k.).

non discriminatorio o (...) un'intesa giuridica equivalente». Tuttavia, nel determinare il contenuto di tale accordo, gli Stati membri non sono completamente liberi. È infatti lo stesso art. 6 a dettare i suoi elementi obbligatori (al comma 2)²⁸ e quelli facoltativi (al comma 3)²⁹.

Una funzione di controllo e di informazione è attribuita dall'ultimo comma dell'art. 6 alla Commissione, la quale riceve le informazioni che ciascun Stato membro è tenuto a fornirle sul rapporto funzionale da esso instaurato, dopodiché le comunica agli altri Stati membri.

L'attività di controllo principale spetta tuttavia agli Stati membri. Ciò in quanto, da un lato l'art. 6 impone che l'accordo o intesa giuridica equivalente preveda, fra l'altro, un controllo periodico da parte dello Stato membro e dall'altro, a norma dell'art. 11, l'oggetto del controllo è quello di verificare se gli organismi riconosciuti svolgono le funzioni loro assegnate in maniera efficace e con soddisfazione dell'amministrazione nazionale competente e se rispettano i criteri minimi fissati nell'allegato della direttiva. Per quanto poi concerne i soggetti incaricati di effettuare i controlli, tale articolo prevede che essi siano o direttamente l'amministrazione nazionale competente (come già indicato dall'art. 6), oppure l'amministrazione di un altro Stato membro ove i suddetti organismi abbiano la sede. Si tratta di una norma che evidentemente va nella direzione di una sempre più stretta collaborazione fra le autorità nazionali dei vari Stati membri dell'Unione europea (come è peraltro riscontrabile anche in altri settori del diritto comunitario). Sotto il profilo temporale, infine, tali controlli debbono essere effettuati ogni due anni, dovendo i singoli Stati membri trasmettere alla Commissione e agli altri Stati membri una relazione sulle verifiche con cadenza appunto biennale (entro il 31 marzo di ogni anno successivo all'anno per il quale è stata valutata la conformità, in caso di controllo eseguito direttamente dall'autorità nazionale e qualche mese più tardi, entro il 30 giugno, in caso di controllo effettuato dall'autorità di un altro Stato membro).

Infine, anche in materia di controllo, è prevista a carico di ogni Stato membro un'obbligazione di comunicare alla Commissione ed agli altri Stati membri «tutte le informazioni pertinenti per la valutazione delle prestazioni degli organismi» (art. 11, comma 4).

Abbiamo già visto come i criteri minimi fissati nell'allegato della diretti-

²⁸ Così, l'accordo o intesa giuridica equivalente deve almeno prevedere la possibilità di ispezioni a campione e particolareggiate delle navi, prevedere e disciplinare sia un controllo periodico da parte dell'amministrazione o di un ente imparziale designato da quest'ultima sui compiti che gli organismi svolgono per suo conto e che la comunicazione delle informazioni essenziali sulla flotta classificata, nonché su eventuali modifiche di classificazione o declassamenti di navi ed infine richiamare le disposizioni dell'appendice II della Risoluzione A.739(18) dell'IMO sulle linee guida per il rilascio di autorizzazioni a favore di organismi che agiscono per conto dell'amministrazione.

²⁹ Tale norma riconosce la possibilità che lo Stato membro imponga come requisito agli organismi riconosciuti che agiscono per suo conto di avere una rappresentanza locale nel suo territorio. Tuttavia precisa anche che tale requisito può considerarsi soddisfatto da una rappresentanza locale con uno *status* giuridico che assicuri la personalità giuridica conformemente alle leggi dello Stato membro e la competenza delle sue giurisdizioni nazionali.

va costituiscano un elemento costitutivo del riconoscimento degli organismi. Il loro rispetto è pertanto una condizione imprescindibile per un'organizzazione che aspiri ad ottenere dagli Stati membri la delega a svolgere i compiti di controllo, ispezione e certificazione.

Non può pertanto sorprendere il dettato dell'art. 9, comma 1 della direttiva, a norma del quale: «A ciascuno Stato membro può essere richiesto, conformemente alla procedura di cui all'art. 13, di ritirare, se del caso, il riconoscimento agli organismi di cui all'art. 4 che non soddisfano più i criteri fissati nell'allegato, ove applicabili». Ai sensi dello stesso art. 9, comma 2, tale eventuale richiesta spetta al comitato misto Commissione/Stati membri, il quale adotta una decisione in tal senso sulla base di un progetto presentatogli dalla Commissione, che agisce a tal fine di propria iniziativa o su richiesta di uno Stato membro. Lo stesso art. 9, al comma 2, detta altresì la procedura che deve seguire la Commissione nell'elaborare il progetto di decisione. Così, essa deve prendere in considerazione le relazioni e le informazioni trasmesse dagli Stati membri a norma degli artt. 11 e 12, tenendo nella massima considerazione la documentazione relativa alle prestazioni degli organismi in materia di sicurezza e di prevenzione dell'inquinamento.

Il ritiro del riconoscimento non è però il solo caso in cui gli Stati membri possono interrompere l'attività degli organismi riconosciuti. Infatti, ai sensi dell'art. 10, gli Stati membri possono, a loro discrezione ed anche in deroga ai criteri elencati nell'allegato, sospendere l'autorizzazione a svolgere per loro conto le attività di ispezione e di controllo relative ai certificati per le navi battenti la propria bandiera già concessa ad un organismo riconosciuto.

In quest'ultimo caso, tuttavia, dev'essere seguita una procedura *ad hoc*, che coinvolge anche la Commissione la quale ha pur sempre l'ultima parola sulla sospensione. Pertanto, lo Stato membro che voglia avvalersi del diritto di cui al comma 1 dell'art. 10, ha l'onere di comunicare la propria decisione alla Commissione ed agli altri Stati membri, con una motivazione che ne sostenga la fondatezza ed è la Commissione che, dopo avere esaminato se effettivamente la sospensione sia giustificata da motivi di grave rischio per la sicurezza o per l'ambiente ed aver deliberato conformemente alla procedura di cui all'art. 13, comunica allo Stato membro se la sospensione può essere confermata o deve essere ritirata.

Da tutto quanto suesposto già si intuisce che la direttiva assegna alla Commissione europea un ruolo di primo piano per quanto concerne l'attività di ispezione e controllo relative ai certificati per le navi battenti bandiera di uno Stato membro. Tale sensazione, che trova un primo riscontro nell'art. 13 della direttiva, ha trovato ulteriore conferma con l'istituzione dell'Agenzia europea per la sicurezza marittima³⁰.

³⁰ Regolamento (Ce) n. 1406/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2002, che istituisce un'Agenzia Europea per la sicurezza marittima, in *Guce* n. L 208 del 5 agosto 2002, p. 1.

L'art. 13 della direttiva detta, infatti, la procedura da seguire per risolvere tutti i casi maggiormente problematici che possono sorgere nell'applicazione delle norme della direttiva. Attori principali di questa procedura sono la Commissione ed il comitato *ad hoc* istituito dall'art. 7 della direttiva. È quest'ultimo un comitato composto dai rappresentanti degli Stati membri e dal rappresentante della Commissione (che lo presiede), avente quale compito principale quello di assistere la Commissione stessa. Si riunisce, a seguito di convocazione della Commissione, almeno una volta all'anno e comunque «ogniqualvolta sia necessario in caso di sospensione dell'autorizzazione di un organismo da parte di uno Stato membro ai sensi dell'articolo 10». Il regolamento interno del comitato non è disciplinato dalla direttiva, la quale lascia invece al comitato stesso il compito di formularlo.

A norma dell'art. 13, quindi, il comitato è chiamato in causa per determinate questioni previste nella direttiva stessa. In particolare, come si è in precedenza rilevato, si tratta della concessione del riconoscimento triennale per gli organismi che presentino i requisiti elencati nell'allegato e della proroga dello stesso (art. 4, commi 3 e 4); dell'adozione di misure appropriate a seguito della richiesta di uno o più Stati membri di limitare il numero degli organismi da essi autorizzati (art. 5, comma 1); delle eventuali modifiche da apportare alla direttiva a seguito delle avvenute modifiche del diritto internazionale in materia (art. 8); della richiesta, da rivolgere agli Stati membri, di ritirare il riconoscimento agli organismi che non soddisfano più i criteri fissati nell'allegato (art. 9) dell'approvazione o meno della decisione dello Stato membro di sospendere l'autorizzazione ad uno o più organismi (art. 10) e, infine, di statuire in ordine all'effettiva equivalenza fra le norme di cui uno Stato membro decida eventualmente di valersi e quelle di un organismo riconosciuto.

Per quanto poi riguarda la procedura vera e propria, il comitato è chiamato a formulare un suo parere sul progetto – presentatogli dal rappresentante della Commissione – delle misure da adottare entro il termine che quest'ultimo eventualmente fissa, deliberando con la maggioranza qualificata propria del Consiglio e regolata espressamente nell'art. 205 (ex 148), comma 2, del Trattato (attraverso, quindi, il principio del voto ponderato). Tale parere non ha effetti propriamente vincolanti, anche se la sua rilevanza non è trascurabile. Infatti, in caso di conformità fra le misure che la Commissione intende adottare ed il parere del comitato, tali misure possono essere adottate senz'altro, mentre in caso di difformità dal parere del comitato (o in assenza di parere) non è la Commissione ad avere l'ultima parola, ma il Consiglio. La Commissione deve infatti sottoporre a quest'ultimo, «senza indugio», una proposta in merito alle misure da prendere, sulla quale il Consiglio delibera a maggioranza qualificata. Qualora il Consiglio non si esprima in un termine di tre mesi dal ricevimento della proposta, vige il principio del silenzio-assenso e la Commissione può e deve adottare le misure che essa stessa ha proposto.

A partire dal 1° gennaio 2003, si registra la presenza di un nuovo attore nel mondo della sicurezza marittima e di prevenzione dell'inquinamento causato dalle navi nell'Unione europea: si tratta dell'Agenzia europea per la sicurezza in mare, divenuta operativa in tale data (con sei mesi di anticipo rispetto a quanto originariamente previsto dal Regolamento n. 1406 del 27 giugno 2002, che la istituisce). L'art. 1, comma 2, del citato Regolamento precisa che obiettivo fondamentale dell'Agenzia è quello di coadiuvare gli Stati membri e la Commissione nell'applicare correttamente la legislazione comunitaria concernente la sicurezza marittima e la prevenzione dell'inquinamento causato dalle navi, nel monitorare tale applicazione e nel valutare l'efficacia delle misure in vigore, fornendo l'assistenza tecnica e scientifica necessaria e le capacità di alto livello. L'azione dell'Agenzia è importantissima anche per la direttiva in esame, in particolare per quanto concerne il monitoraggio dell'applicazione della stessa.

Fra le attività che l'Agenzia svolge ai sensi del Regolamento spicca, infine, l'assistenza alla Commissione nella realizzazione di qualsiasi altro compito assegnato a quest'ultima dalla normativa comunitaria in materia di sicurezza marittima e di prevenzione dell'inquinamento causato dalle navi, fra cui quello relativo alle società di classificazione. Viene così chiamata direttamente in causa la direttiva n. 94/57/Ce.

Peraltro, il Regolamento (Ce) n. 724/2004³¹ ha provveduto ad ampliare i compiti dell'Agenzia, assegnandole obblighi specifici nel campo della lotta all'inquinamento causato dalle navi nell'UE, dovendo essa in particolare fornire agli Stati membri ed alla Commissione assistenza tecnica e scientifica nel settore dell'inquinamento accidentale o intenzionale causato dalle navi ed a sostenere, se richiesta, i meccanismi di intervento contro l'inquinamento posti in essere dagli Stati membri³².

Come già in precedenza evidenziato, la Commissione ha indubbiamente un ruolo di primo piano sia nel rilasciare il primo riconoscimento agli organismi che, volendo operare per conto degli Stati membri, debbono esservi autorizzati, sia nell'eventuale revoca dello stesso. In entrambi i casi, l'istituzione comunitaria potrà ora avvalersi dell'Agenzia europea per la sicurezza in mare la quale, oltre ad essere altamente specializzata, è in grado fornire alla Commissione i dati e le informazioni sul concreto operare delle società di classificazioni indispensabili al corretto esercizio dei suoi poteri, essendo dotata del

³¹ Regolamento (Ce) n. 724/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, recante modifica del Regolamento (Ce) n. 1406/2002, che istituisce un'Agenzia Europea per la sicurezza marittima, *Guce* n. L 129 del 29 aprile 2004, p. 1.

³² In applicazione di quanto previsto dal Regolamento, nell'ambito della sua 9° riunione svoltasi a Lisbona il 21 e 22 ottobre 2004 ha adottato un piano d'azione per la preparazione e l'intervento contro l'inquinamento da idrocarburi, al fine di inserire in un ambito più ampio la sua azione nel settore della prevenzione dell'inquinamento da idrocarburi e della lotta contro questa forma di inquinamento. Il piano di azione si può trovare sul sito internet www.emsa.eu.int.

potere di effettuare visite *in loco* presso gli Stati membri, in virtù dell'art. 3 del Regolamento.

3. L'ampliamento della titolarità della funzione di controllo: il ruolo dello Stato di approdo

Tradizionalmente, la vigilanza sul rispetto degli *standard* della navigazione era demandata alle autorità dello Stato di bandiera. Il preoccupante aumento del numero di navi non rispondenti agli *standard* minimi di sicurezza, registrabile dalla fine degli anni settanta e dovuto in parte al fenomeno del passaggio alle "bandiere ombra" da parte di navi già iscritte nei registri navali dei paesi industrializzati (in particolare europei e statunitensi), impose la ricerca di soluzioni alternative. L'incapacità (quando non addirittura la scarsa volontà) da parte delle autorità di certi Stati di effettuare i controlli sulle navi battenti la loro bandiera aveva, infatti, contribuito non poco alla diminuzione della sicurezza marittima.

La reazione da parte della comunità internazionale fu quella di affiancare ai controlli da parte dello Stato di bandiera, rivelatisi insufficienti, altri controlli, da effettuarsi da parte dello Stato di approdo³³.

Sul piano giuridico tale processo si concretizzò in un primo Protocollo di intesa (in inglese, *Memorandum of Understanding* o MOU) sul controllo da parte dello Stato di approdo, firmato all'Aja nel 1978, cui ne seguì un secondo, adottato a Parigi nel 1982. Quest'ultimo fu poi seguito da vari accordi regionali, che ne ripresero quasi integralmente il contenuto³⁴.

³³ Sicuramente utile nel combattere il fenomeno delle bandiere ombra sarebbe l'esistenza di una disciplina uniforme di tipo sanzionatorio per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi nei diversi Stati. A questo proposito non possiamo non citare l'azione dell'Unione europea che, nell'ambito delle sue competenze (e quindi limitatamente alle normative dei suoi Stati membri), ha cercato di muoversi in tal senso, come dimostrano l'adozione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005 n. 2005/35/Ce, relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni, in *Guce* n. L 255 del 30 settembre 2005, p. 11 e della decisione quadro n. 2005/667/GAI del Consiglio del 12 luglio 2005, intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi, in *Guce* n. L 255 del 30 settembre 2005, p. 164, anche se quest'ultima, a seguito del ricorso presentato dal Consiglio (sostenuto da ben 19 Stati membri) è stata annullata di recente dalla Corte di giustizia con sentenza del 23 ottobre 2007 in causa n. C-440/05 (non ancora pubblicata in *Raccolta*, ma consultabile sul sito internet: <http://curia.europa.eu>) mentre la direttiva n. 2005/35/Ce è attualmente *sub iudice* per una sua presunta incompatibilità con le norme di rango superiore (ma l'Avvocato Generale, nelle sue conclusioni presentate il 20 novembre 2007 scorso (e consultabili anch'esse sul sito internet: <http://curia.europa.eu>) afferma che tale incompatibilità non sussiste).

In presenza di una normativa uniforme, infatti, lo spostamento delle navi da un registro navale all'altro perderebbe la sua utilità, perlomeno sotto il profilo normativo della quantificazione del risarcimento e la valutazione dell'opportunità si sposterebbe su un piano meramente "operativo", rimanendo in giuoco solo il profilo dell'efficacia operativa degli Stati, ovvero chi, concretamente, è in grado di esercitare meglio i controlli.

³⁴ Quali l'Accordo latino-americano sul controllo dello Stato d'approdo del 1992, il MOU sul controllo dello Stato d'approdo nella regione di Asia-Pacifico del 1993, il MOU sul controllo dello

In quest'ottica dev'essere inquadrata la direttiva n. 95/21/Ce del Consiglio, del 19 giugno 1995, relativa all'attuazione di norme internazionali per la sicurezza delle navi, la prevenzione dell'inquinamento e le condizioni di vita e di lavoro a bordo, per le navi che approdano nei porti comunitari e che navigano nelle acque sotto la giurisdizione degli Stati membri (controllo dello Stato di approdo)³⁵ che, a ben vedere, si può considerare come uno degli strumenti regionali in materia ispirati più o meno profondamente al MOU di Parigi del 1982.

Tale direttiva, che rappresenta il primo tentativo di regolamentare tutti gli aspetti del ruolo dello Stato d'approdo nell'ambito della sicurezza marittima a livello comunitario, è stata in seguito modificata a più riprese al fine di armonizzarla con lo sviluppo del diritto comunitario in materia³⁶.

Sebbene praticamente tutti gli Stati membri dell'UE³⁷ avessero firmato il MOU di Parigi del 1982, il Consiglio ha ritenuto opportuno un intervento a livello comunitario, «considerando che (...), in base al principio della sussidiarietà, lo sviluppo di mezzi per una azione preventiva in questo campo trova un ambito più propizio a livello comunitario, visto che gli Stati membri non sono in grado di adottare misure adeguate ed efficaci isolatamente»³⁸. Come sottolinea opportunamente la dottrina, questa formula, spesso usata in maniera *standard* al fine di giustificare l'intervento dell'UE, nel caso di specie potrebbe invece significare che l'adozione di un impegno più vincolante da parte degli Stati membri veniva ritenuta necessaria³⁹.

Tuttavia, e sebbene il Consiglio avesse ben presente che «l'inquinamento delle acque marine è, per sua natura, un fenomeno transfrontaliero», che «un approccio armonizzato all'effettiva applicazione delle norme internazionali da parte degli Stati membri nei confronti delle navi che transitano in acque sotto la loro giurisdizione e che utilizzano i loro porti permetterà di evitare distorsioni della concorrenza» e che «la creazione di un contesto giuridico comunitario in materia di armonizzazione delle procedure relative alle ispezioni è fondamentale per garantire l'applicazione omogenea dei principi di sicurezza del trasporto marittimo e prevenzione dell'inquinamento, elementi centrali

Stato d'approdo nella regione caraibica del 1996.

³⁵ *Guce* n. L 157 del 7 luglio 1995, p. 1.

³⁶ V. direttiva n. 98/25/Ce del Consiglio del 27 aprile 1998, in *Guce* n. L 133 del 7 maggio 1998, p. 19; direttiva n. 98/42/Ce della Commissione del 19 giugno 1998, in *Guce* n. L 184 del 27 giugno 1998, p. 40; direttiva n. 1999/97/Ce della Commissione, del 13 dicembre 1999, in *Guce* n. L 331 del 31 dicembre 1999, p. 67; direttiva n. 2001/106/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 dicembre 2001, in *Guce* n. L 19 del 22 gennaio 2002, p. 17; direttiva n. 2002/84/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 novembre 2002, in *Guce* n. L 324 del 29 dicembre 2002, p. 53.

³⁷ Con l'eccezione di Lussemburgo ed Austria i quali, tuttavia, non hanno sbocchi al mare.

³⁸ Nono *considerando* della direttiva.

³⁹ E. MOLENAAR, *The EC Directive on Port State Control in Context*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 1996, p. 241.

nella politica comunitaria dei trasporti e dell'ambiente»⁴⁰, lo strumento scelto non è un regolamento, come in altri settori del diritto comunitario della sicurezza marittima. Al contrario, per realizzare l'obiettivo indicato all'art. 1 di contribuire a ridurre drasticamente il trasporto marittimo nelle acque soggette alla giurisdizione degli Stati membri (migliorando l'osservanza della legislazione internazionale e comunitaria pertinente in materia di sicurezza marittima, tutela dell'ambiente marino e condizioni di vita e di lavoro a bordo delle navi battenti tutte le bandiere da un lato e definendo criteri comuni per il controllo delle navi da parte degli Stati di approdo e armonizzando le procedure di ispezione e fermo, tenendo in debito conto gli impegni assunti dalle autorità marittime degli Stati membri firmatari del Protocollo d'intesa di Parigi sul controllo da parte dello Stato di approdo (MOU)), si è scelto di utilizzare lo strumento della direttiva, lasciando così un certo margine di manovra agli Stati membri⁴¹.

Sono infatti questi ultimi, in qualità di Stati d'approdo, che svolgono il ruolo principale nell'effettuare il controllo relativo all'attuazione di norme internazionali per la sicurezza delle navi, la prevenzione dell'inquinamento e le condizioni di vita e di lavoro a bordo, sulle navi che approdano nei porti comunitari e che navigano nelle acque sotto la loro giurisdizione. Tuttavia, nel compiere tale attività, gli Stati membri sono chiamati a cooperare fra loro e con la Commissione, in particolare onde garantire che le proprie autorità competenti possano ottenere tutte le informazioni del caso sulle navi che approdano nei loro porti, nonché per mantenere il collegamento operativo già stabilito col sistema informativo SIRENAC E di St. Malo (Francia).

A questo punto è d'uopo domandarsi in che cosa consiste il «controllo dello Stato di approdo», come deve venire esercitato e quali sono le conseguenze di un controllo in cui si rilevano delle irregolarità.

Come si evince già dal titolo della direttiva, essa si applica alla navi che approdano nei porti comunitari, intendendo per nave, a norma dell'art. 2, comma 3, «qualsiasi nave per trasporto marittimo battente bandiera diversa da quella dello Stato di approdo, cui si applicano una o più convenzioni». Tale concetto tuttavia è ulteriormente precisato all'art. 3, ai sensi del quale per navi che approdano nei porti comunitari si devono intendere non solo le navi (ed i relativi

⁴⁰ Considerando 9, 7 e 8 della direttiva.

⁴¹ Sebbene non tutti abbiano puntualmente trasposto la direttiva (o le sue modifiche) nel diritto interno: è questo il caso dell'Italia (condannata dalla Corte di giustizia con sentenza dell'11 novembre 1999 in causa n. C-315/98, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 8001) e, per quanto concerne le modifiche alla direttiva, della Finlandia (condannata dalla Corte di giustizia con sentenza del 24 febbraio 2005 in causa n. C-225/04, *Commissione c. Finlandia*, non ancora pubblicata, per non avere appunto «adottato le misure legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 19 dicembre 2001, 2001/106/CE, che modifica la direttiva del Consiglio 95/21/CE»). Il testo integrale delle sentenze si trova comunque sul sito internet <http://curia.eu.int>.

equipaggi) che approdano in un porto⁴² o in un impianto *off-shore*⁴³ di uno Stato membro, ma anche quelle che sono ancorate al largo di tale porto o impianto. Tuttavia, sebbene la direttiva riguardi anche l'attuazione delle norme internazionali per la sicurezza delle navi che navigano nelle acque sotto la giurisdizione degli Stati membri (e non solo quelle che approdano nei porti comunitari), l'estensione delle procedure di controllo da parte dello Stato d'approdo alle navi che navigano nelle acque territoriali di uno Stato membro è stata esclusa, non tanto perché ritenuta inopportuna sul piano teorico, ma in quanto si pensava che presentasse delle «difficoltà pratiche insormontabili». D'altro canto tale estensione non era considerata strettamente necessaria per includere un eventuale intervento su una nave in transito accusata di avere provocato un incidente inquinante, nella misura in cui già il diritto internazionale generale (ed in particolare il diritto del mare in materia di passaggio inoffensivo) prevedono dei poteri d'intervento idonei ad affrontare tali incidenti⁴⁴.

Per quanto poi riguarda il rapporto tra la direttiva in esame e le convenzioni internazionali in materia, è questo stesso articolo che, dopo aver evidenziato che i diritti di intervento che uno Stato membro può far valere in forza delle pertinenti convenzioni internazionali rimangono impregiudicati, precisa che, quando si ha a che fare con navi di stazza lorda inferiore alle 500 tonnellate, gli Stati membri sono chiamati ad applicare i requisiti della «*pertinente convenzione*», a meno che nessuna convenzione risulti applicabile. In tal caso, essi debbono adottare le misure necessarie per garantire che le navi non presentino evidenti pericoli per la sicurezza, la salute o l'ambiente. Se poi l'ispezione riguarda una nave battente la bandiera di uno Stato che non ha sottoscritto una certa convenzione, lo Stato membro deve far sì che né la nave, né il suo equipaggio godano di un trattamento più favorevole di quello riservato alle navi battenti la bandiera di uno Stato firmatario di tale convenzione, col fine evidente di non sfavorire gli Stati che collaborano nel cercare di incrementare la sicurezza marittima rispetto a quelli che si astengono dall'operare in tal senso.

Da ultimo l'art. 3 esclude esplicitamente dal campo d'applicazione della direttiva tutte le navi che non rientrano nella definizione di navi mercantili usate per scopi commerciali. Si tratta quindi dei pescherecci, delle navi da

⁴² «Le disposizioni dovrebbero essere (...) applicabili (...) a qualsiasi porto (ad esempio fluviale) cui abbiano accesso navi di alto mare». Parere del Comitato economico e sociale «in merito alla proposta di direttiva del Consiglio relativa all'attuazione di norme internazionali per la sicurezza delle navi, la prevenzione dell'inquinamento e le condizioni di vita e di lavoro a bordo, per le navi che approdano nei porti comunitari e che navigano nelle acque sotto la giurisdizione degli Stati Membri» del 14 settembre 1994, in *Guce* n. C 393 del 31 dicembre 1994, p. 50.

⁴³ Definito all'art. 2, comma 4, come «una piattaforma fissa o galleggiante che opera sulla piattaforma continentale di uno Stato membro».

⁴⁴ Vedi in tal senso parere del Comitato economico e sociale, *cit. supra*, nota 42, p. 52, punto 6.2.1. Il Comitato, inoltre, non rinuncia ad aggiungere un'osservazione di carattere sistematico: «Inoltre, le navi in transito non rientrano nelle disposizioni delle convenzioni IMO e OIL relative al controllo da parte dello Stato d'approdo su cui è basata la direttiva».

guerra, dei macchinari navali ausiliari, delle imbarcazioni in legno di costruzione rudimentale, delle navi di Stato usate per scopi non commerciali e delle imbarcazioni da diporto che non si dedicano a traffici commerciali.

Le ispezioni delle navi sono a carico degli Stati membri, i quali debbono a tal fine mantenere delle «autorità competenti», ovvero delle idonee amministrazioni marittime nazionali, adottando altresì, ai sensi dell'art. 4, tutte le misure appropriate per assicurare che esse svolgano le proprie funzioni come specificato nella direttiva. Inoltre, a norma dell'art. 17, gli Stati membri, al fine di consentire il controllo dell'attuazione della normativa da parte loro, debbono comunicare periodicamente alla Commissione e al Segretariato del MOU il numero di ispettori che effettuano per loro conto le ispezioni.

Il comma 1 dell'art. 5 riprende il principio fissato nel Protocollo di intesa (MOU) di Parigi del 1982⁴⁵, in base al quale ogni Stato membro è chiamato annualmente ad ispezionare almeno il 25% di tutte le navi approdate nei suoi porti. Tuttavia, trattandosi di un obbligo di diritto comunitario, lo Stato membro che non rispetti tale percentuale può vedersi processato (ed eventualmente condannato) per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE⁴⁶. Infatti, un'azione dell'Unione europea in materia, per risultare efficace, non può prescindere dalla collaborazione degli Stati membri che, fra l'altro, in quanto Stati d'approdo, debbono adottare tutte le misure necessarie sia per garantire un numero di ispezioni sufficiente in tutti i porti e luoghi di ancoraggio dell'UE.

Sempre al fine di consentire il controllo dell'attuazione della normativa da parte loro, gli Stati membri debbono informare la Commissione ed il Segretariato del MOU sul numero delle singole navi approdate nei loro porti in uno dei cinque anni precedenti, che sia rappresentativo.

La direttiva indica inoltre quali criteri seguire per individuare le navi che andranno a formare questo 25%, anche perché è necessario «evitare che degli Stati membri assolvano i loro obblighi scegliendo semplicemente le navi che

⁴⁵ Anche se, come sottolinea la dottrina, la formulazione della norma è diventata più severa. E. MOLENAAR, *The EC Directive on Port State Control in Context*, cit. *supra*, nota 39, p. 259 e nota 75.

⁴⁶ Così, in data 22 giugno 2004, la Corte di giustizia delle Comunità europee ha statuito che «La Repubblica francese, non avendo eseguito, ogni anno, un numero complessivo di ispezioni pari almeno al 25% delle singole navi approdate nei suoi porti nel 1999 e nel 2000, è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 5, n. 1, della direttiva del Consiglio 19 giugno 1995, 95/21/CE, relativa all'attuazione di norme internazionali per la sicurezza delle navi, la prevenzione dell'inquinamento e le condizioni di vita e di lavoro a bordo, per le navi che approdano nei porti comunitari e che navigano nelle acque sotto la giurisdizione degli Stati membri (controllo dello Stato di approdo)». Causa n. C-439/02, 22 giugno 2004, *Commissione c. Repubblica francese*. Il testo integrale della sentenza si trova sul sito Internet <http://curia.eu.int>. Un ricorso analogo è stato presentato in data 2/12/02 dalla Commissione contro l'Irlanda (causa n. C-436/02), accusata anch'essa di essere venuta meno agli obblighi ex art. 5, n. 1, della direttiva, avendo negli anni 1999 e 2000 ispezionato rispettivamente, il 7,5% e il 14,6% del numero di navi approdate nei suoi porti (anziché almeno il 25%, secondo quanto previsto dalla direttiva). Tale ricorso è stato tuttavia ritirato in un secondo tempo. Il testo della comunicazione della Commissione si trova sul sito Internet <http://curia.eu.int>.

più facilmente si prestano ad un'ispezione»⁴⁷. Trattasi di otto criteri, elencati all'allegato I, la cui numerazione non sembrerebbe tuttavia corrispondere ad una graduatoria di importanza. Fra questi criteri spiccano: che la nave non sia mai approdata in precedenza nel porto di uno Stato membro (o che sia passato molto tempo dall'ultima volta), che i suoi certificati di classificazione siano stati rilasciati da un organismo non riconosciuto ai sensi della direttiva n. 94/57/Ce, o che abbia dei "precedenti" negativi (quali il fatto di figurare nella tabella delle navi aventi un tasso di fermi e ritardi superiore alla media nell'arco di tre anni, pubblicata nella relazione annuale del MOU; di aver avuto il permesso di lasciare il porto di uno Stato membro a condizione che le carenze rilevate fossero corrette entro un determinato periodo di tempo; di non essersi conformata agli obblighi previsti dalla direttiva n. 93/75/Cee del Consiglio; di essere stata sospesa dalla classe di appartenenza per motivi di sicurezza nel corso dei sei mesi precedenti).

Oltre ai succitati criteri, che indicano quali navi debbono essere ispezionate in via prioritaria, l'articolo in questione precisa quali sono le navi da non ispezionare: trattasi di quelle già ispezionate da un altro Stato membro nei sei mesi precedenti. Tale norma, così formulata, crea qualche problema di coordinamento fra diritto comunitario e diritto internazionale. Il MOU infatti prevede che non vengano ispezionate le navi già ispezionate nei sei mesi precedenti da un'altra parte al MOU, quindi non dei soli Stati facenti parte dell'UE, ma anche di qualsiasi altro Stato che abbia ratificato il MOU.

Conscio del problema, prima dell'adozione della direttiva, il Parlamento europeo aveva proposto un emendamento alla proposta di direttiva, nel senso di estendere l'obbligo appunto alle navi ispezionate da un qualunque Stato parte del MOU. A tale soluzione si è tuttavia opposto il Consiglio sostenendo che «la Comunità non può accettare ispezioni effettuate da ispettori di paesi su cui non ha giurisdizione», precisando però che «Gli Stati membri mantengono tuttavia la facoltà di riconoscere ispezioni effettuate da altri membri del MOU»⁴⁸.

Tale obbligo di astenersi dall'ispezione è comunque fortemente limitato, nella misura in cui non si applica alle navi che figurano all'allegato I, né qualora un'ispezione precedente abbia rilevato carenze, né infine quando «esistano fondati motivi per eseguire l'ispezione». Quest'ultima eccezione di fatto lascia un ampio margine di manovra al singolo Stato, riducendo fortemente la portata dell'obbligo. Inoltre, tale obbligo di astensione non concerne i controlli operativi specificamente previsti nelle convenzioni.

Per selezionare quali navi ispezionare al fine di raggiungere la quota del 25%, oltre all'applicazione dei succitati criteri, gli Stati membri e la Commis-

⁴⁷ Parere del Comitato economico e sociale, *cit. supra*, nota 42, p. 53, punto 6.3.1.

⁴⁸ Posizione comune del Consiglio (Ce) n. 2/95, definita il 14 marzo 1995, in *Guce* n. C 93 del 13 aprile 1995, p. 44.

sione devono collaborare nello sviluppare priorità e prassi al fine di individuare più efficacemente le navi potenzialmente carenti. Inoltre, naturalmente, le autorità competenti debbono tenere in debita considerazione anche i rapporti che i piloti e le autorità portuali debbono trasmettere loro a norma dell'art. 13.

L'ispezione dev'essere effettuata da «un dipendente del settore pubblico o un'altra persona debitamente autorizzato/a dall'autorità competente di uno Stato membro a svolgere le ispezioni di controllo nello Stato di approdo e che risponde a tale autorità competente»⁴⁹, detto ispettore, il quale, in virtù dell'art. 12, deve presentare dei precisi requisiti in materia di qualifiche professionali, elencati nell'allegato VII. Detti requisiti vanno dal possedere l'autorizzazione ad eseguire il controllo emessa dall'autorità competente dello Stato membro d'approdo, alla conoscenza sia della lingua più comunemente usata in navigazione che della normativa relativa al controllo di Stato d'approdo, passando per il possesso di una formazione e di un'esperienza adeguate. Se l'ispettore designato dall'autorità competente dello Stato di approdo non potesse disporre delle competenze professionali necessarie, egli può essere assistito nell'ispezione «da chiunque possieda le competenze professionali richieste». In ogni caso comunque, affinché ne sia garantita l'imparzialità, gli ispettori ed i loro assistenti non devono avere alcun interesse commerciale nei porti in cui avviene l'ispezione né nelle navi ispezionate, né possono lavorare per le organizzazioni non governative che rilasciano i certificati prescritti e quelli di classificazione, o che svolgono gli accertamenti necessari per il rilascio di tali certificati alle navi⁵⁰.

L'ispettore effettua tutti i tipi di ispezione previsti dalla direttiva e cioè sia l'ispezione «semplice», che quella più dettagliata che infine quella estesa.

Per ispezione «semplice» si intende «la visita a bordo di una nave volta ad accertare la validità dei certificati pertinenti e di altri documenti nonché le condizioni della nave, delle dotazioni e dell'equipaggio nonché le condizioni di vita e di lavoro dell'equipaggio», come precisa l'art. 2, punto 6. della direttiva. L'ispettore, ai sensi dell'art. 6, «deve» compiere determinate attività, mentre «può» eseguirne altre, in ogni caso osservando le procedure e gli orientamenti descritti nell'allegato IV. Le prime sono di due tipi: quelle che comportano un controllo documentale, da svolgersi «per quanto possibile» (come precisa l'art. 6, comma 1 *a.*) e quelle invece di verifica della situazione *in situ*. Quest'ultima concerne le condizioni generali della nave, compresi alloggi e sala macchine, che debbono essere soddisfacenti, tenendo conto anche delle condizioni igieniche. I certificati e la documentazione su cui si incentra

⁴⁹ Art. 2, comma 5.

⁵⁰ Come sottolinea la dottrina, «These are important provisions stressing the key role of competent inspectors and authorities in a uniform, non-discriminatory and equitable exercise of Port State Control». E. MOLENAAR, *The EC Directive on Port State Control in Context*, cit. *supra*, nota 39, p. 261.

il controllo documentale sono invece enumerati nell'allegato II della direttiva. A questi si aggiungono tutti i certificati e documenti pertinenti, diversi da quelli di cui all'allegato II, che devono essere presenti a bordo secondo quanto disposto dalle Convenzioni⁵¹, che l'ispettore «può» esaminare. Sin qui l'ispezione *tout court*. In virtù dell'art. 6, comma 3, tale ispezione può tuttavia sfociare in un'ulteriore attività ispettiva, detta «ispezione più dettagliata». Ciò è lasciato in gran parte all'arbitrio dell'ispettore. È infatti quest'ultimo, «secondo il suo parere professionale», che deve verificare la sussistenza di prove "concrete" (le quali possono riguardare sia settori specifici della nave, sia le relative dotazioni sia, infine, l'equipaggio) che la giustifichino. Tali prove costituiscono infatti i «fondati motivi» per ritenere che sostanzialmente non ricorrano i requisiti imposti da una delle convenzioni applicabili in materia⁵². Un elenco di questi «fondati motivi», indubbiamente utile per garantire una maggior certezza del diritto e semplificare il lavoro dell'ispettore, si trova peraltro nell'allegato III alla direttiva. Tuttavia non bisogna trascurare che non si tratta di un *numerus clausus*, ma di un elenco esemplificativo (come peraltro precisa lo stesso art. 6).

Infine la direttiva, al suo art. 7, prevede la possibilità che si dia luogo ad un'ispezione più approfondita, detta «ispezione estesa», però solamente per le tipologie di navi elencate nell'allegato V. Si tratta, in sostanza, di navi che trasportano sostanze pericolose (petroliere, portarinfuse, gasiere e chimichiere) aventi una certa età, nonché delle navi passeggeri. Le ragioni di questo maggior rigore sono evidenti: le navi vecchie che trasportano sostanze pericolose sono maggiormente a rischio di incidenti ed i danni che possono provocare all'ambiente ed alla salute, in caso di incidente, sono molto rilevanti, mentre eventuali incidenti concernenti le navi passeggeri possono avere un costo elevato in perdite di molte vite umane.

Per quanto poi concerne il contenuto dell'ispezione estesa, l'allegato V/B indica alcuni orientamenti, che riguardano sia l'insieme delle categorie di navi enumerate nella parte A dello stesso allegato V (generatore, illuminazione e pompa antincendio d'emergenza, chiusura porte a tenuta stagna (...)) sia alcune di esse (per le petroliere: attrezzature antincendio (...); per le portarinfuse: even-

⁵¹ Ricordiamo che, come precisa l'art. 2, le convenzioni cui si fa riferimento nella direttiva sono: la Convenzione internazionale sulla linea di carico del 1966 (LL 66); la Convenzione internazionale sulla salvaguardia della vita umana in mare del 1974 (SOLAS 74); la Convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento da navi del 1973 e il relativo protocollo del 1978 (MARPOL 73-78); la Convenzione internazionale sugli *standard* per l'addestramento, i titoli professionali ed il servizio di guardia dei naviganti del 1978 (STCW 78); la Convenzione sulla prevenzione delle collisioni in mare del 1972 (COLREG 72); la Convenzione internazionale di Londra sulla stazzatura delle navi mercantili del 1969 (Tonnage); la Convenzione sulle norme minime da osservare sulle navi mercantili del 1976 (ILO n. 147), unitamente ai protocolli e ai successivi emendamenti delle convenzioni in questione e relativi codici obbligatori in vigore alla data di adozione della presente direttiva.

⁵² V. *supra*, nota precedente.

tuali corrosioni di alcune parti della nave (...); per le gasiere e le chimichiere: dispositivi di controllo e sicurezza concernenti la temperatura e la pressione (...); per le navi passeggeri: prove del sistema di diffusione sonora (...)). Si tratta tuttavia di orientamenti non obbligatori, come specifica lo stesso art. 7.

Il potere degli Stati membri di effettuare l'ispezione estesa è comunque limitato: una stessa nave non può infatti esservi sottoposta più di una volta in dodici mesi. È invece sempre possibile, nel frattempo, sottoporla ad un'ispezione «semplice» o ad un'ispezione più dettagliata.

Infine, sempre in materia di ispezione estesa, la direttiva detta una norma *ad hoc* per le navi passeggeri che effettuano servizi di linea (art. 7, comma 4). In tal caso, infatti, se i porti coinvolti sono quelli di un solo Stato membro, le ispezioni estese debbono essere effettuate dall'autorità competente di tale Stato membro, mentre qualora il servizio di linea riguardi i porti di più Stati membri, tale dovere spetta ad uno di questi Stati membri.

Ai sensi dell'art. 8, l'ispezione – sia essa «semplice», dettagliata o estesa – si conclude con la consegna del rapporto dell'ispezione al comandante della nave ispezionata. Ma che accade se l'ispezione conferma o rileva carenze?

In primo luogo, ed in generale, l'art. 9 impone l'obbligo, per le autorità competenti, di accertarsi che le carenze siano corrette conformemente alle Convenzioni.

Se risulta che le carenze rappresentano un evidente pericolo per la sicurezza, la salute o l'ambiente, la nave può essere trattenuta, ovvero si può imporre l'interruzione dello svolgimento dell'operazione per la quale sono emerse le carenze stesse. È l'ispettore che decide a sua discrezione se fermare o meno una nave, applicando tuttavia dei criteri ben precisi, indicati nell'allegato VI della direttiva (ripreso quasi parola per parola dalla sezione 6, allegato I del MOU).

Qualora decida per il fermo, l'autorità competente deve avvisare di ciò lo Stato di bandiera della nave fermata. Le notizie relative alle navi fermate debbono essere poi pubblicate a cura di ogni autorità competente almeno ogni tre mesi e debbono contenere tutti i dati enumerati nell'art. 15, fra cui il motivo del fermo⁵³.

Per quanto poi riguarda la durata di fermo o interruzione, l'art. 9 precisa che essa corrisponde al tempo necessario per eliminare il pericolo o fino a che l'autorità stabilisce che, a determinate condizioni, la nave può riprendere il mare o l'operazione può continuare senza rischi per la sicurezza e la salute dei passeggeri o dell'equipaggio, senza pericoli per le altre navi o senza rappresentare una minaccia irragionevole per l'ambiente marino. Tuttavia l'auto-

⁵³ Gli altri dati elencati all'art. 15 sono il nome della nave, quello dell'armatore o dell'operatore della nave, il suo numero IMO, lo Stato di bandiera, la società di classificazione ed altri che eventualmente abbiano rilasciato certificati alla nave per conto dello Stato di bandiera, il porto e la data in cui è avvenuto il fermo.

rità competente nell'effettuare l'ispezione deve fare tutto il possibile per evitare che una nave sia indebitamente trattenuta o ritardata, altrimenti lo Stato d'approdo è tenuto a rimborsare il proprietario o l'armatore degli eventuali danni o perdite subiti (anche se non bisogna trascurare che l'onere della prova spetta a questi ultimi).

In compenso, qualora sussistano carenze che giustifichino il fermo di una nave, le spese complessive in un normale periodo contabile connesse all'ispezione debbono essere rimborsate dal proprietario, dall'armatore, o da un suo rappresentante nello Stato di approdo ed il fermo non può essere revocato finché non si sia provveduto al completo pagamento o non sia stata data una garanzia sufficiente per il rimborso delle spese.

L'art. 10 della direttiva attribuisce al proprietario o armatore di una nave o al suo rappresentante in uno Stato membro il diritto di ricorso contro il fermo, diritto di cui il comandante della nave fermata dev'essere puntualmente informato dall'autorità competente. Tale ricorso non ha tuttavia effetti sospensivi sulla decisione di fermo, come precisa lo stesso articolo.

La direttiva detta poi una procedura originale per il rilascio condizionato delle navi che presentano carenze. Queste ultime, a norma dell'art. 11, possono infatti essere autorizzate dall'autorità competente dello Stato membro d'approdo a raggiungere «il più vicino cantiere navale adeguatamente attrezzato scelto dal comandante e dalle autorità interessate», purché siano rispettate le condizioni stabilite dall'autorità competente dello Stato di bandiera e approvate dallo Stato membro d'approdo.

In caso di rilascio condizionato, le navi autorizzate a riprendere il mare che non rispettino le condizioni stabilite dall'autorità competente dello Stato membro del porto d'ispezione, o che non si rechino nel previsto cantiere navale, rifiutandosi così di ottemperare ai requisiti applicabili delle convenzioni, sono sanzionate col divieto di accesso a qualsiasi porto all'interno della Comunità, «finché il proprietario o l'armatore non abbia dimostrato inequivocabilmente all'autorità competente dello Stato membro in cui sono state constatate le carenze che la nave risponde appieno ai pertinenti requisiti delle Convenzioni», sempre che l'accesso ad un porto comunitario specifico non si renda necessario in casi di forza maggiore o per motivi primari di sicurezza ovvero per ridurre o minimizzare il rischio di inquinamento, a condizione tuttavia che «il proprietario, l'armatore, o il comandante della nave abbiano adottato provvedimenti adeguati che soddisfino le richieste dell'autorità competente di tale Stato membro per garantire un accesso sicuro». Inoltre, in tal caso, il proprietario o l'armatore della nave debbono rimborsare «tutte le spese connesse con le ispezioni eseguite dall'autorità competente di uno Stato membro», come non manca di precisare l'art. 16, comma 2.

4. Determinazione uniforme delle garanzie strutturali dei mezzi di trasporto

Storicamente, gli effetti dei sinistri marittimi causati da petroliere sono stati particolarmente gravi, in particolare per quanto riguarda l'inquinamento delle coste che ne consegue e per i danni provocati alla fauna, alla flora e ad altre risorse marine.

Conscia di ciò, l'Organizzazione marittima internazionale (IMO) già in passato aveva dettato una normativa internazionale per prevenire l'inquinamento incentrata sulla progettazione e l'esercizio delle petroliere, redigendo la Convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi del 1973 ed il relativo protocollo del 1978 (MARPOL 73/78).

Ciononostante, ancora oggi, è proprio la struttura delle navi petroliere a destare le maggiori preoccupazioni. Il pericolo principale è costituito dalle petroliere «monoscafo», in cui fra il mare ed il petrolio trasportato vi è solo una lamiera che, se danneggiata (il che può avvenire ad esempio in caso di collisione fra la nave ed altri oggetti o di incaglio della nave stessa) può causare la fuoriuscita del carico, con conseguente rischio di inquinamento, quando non addirittura di catastrofe ecologica.

Accanto a questo tipo di petroliere monoscafo ne esiste tuttavia oggi giorno un altro, detto a «doppio scafo», che attorno alle cisterne di carico presenta una seconda lamiera interna, collocata a debita distanza da quella esterna. Con questo metodo il rischio di danno all'ambiente sono indubbiamente ridotti, nella misura in cui diminuisce il rischio di avarie. Certo, i costi sono superiori.

Il primo Stato ad affrontare il problema dal punto di vista della normativa interna è stato, curiosamente, un Paese che non è certo solito contraddistinguersi per lo spirito ecologico, e cioè gli Stati Uniti d'America. Questi ultimi, infatti, ritenendo di non essere sufficientemente tutelati dalla disciplina internazionale relativa all'inquinamento da parte delle navi, ed allarmati dal disastro della *Exxon-Valdez* del 1989, non esitarono ad imporre unilateralmente l'obbligo di dotare di doppio scafo non solo le petroliere nuove, ma anche quelle già operative, introducendo precisi limiti di età e fissando termini specifici per le petroliere monoscafo con una legge nazionale e cioè l'*Oil Pollution Act* del 1990⁵⁴.

Tale balzo in avanti del più importante Paese del mondo non poteva non causare importanti conseguenze sul piano della normativa internazionale: prova di ciò è il fatto che l'IMO, nel 1992, ritenne di dover novellare la succitata Convenzione MARPOL, introducendovi appunto disposizioni che privilegiavano le petroliere dotate di doppio scafo.

Il maggior rigore della disciplina statunitense rispetto a quella internazio-

⁵⁴ Conosciuto anche come OPA 90.

nale pur modificata, avrebbe tuttavia potuto causare un maggior rischio ambientale nelle aree del mondo non sottoposte all'imperio del diritto statunitense, nella misura in cui le navi che non potevano più operare nelle acque statunitensi in quanto dotate di scafo singolo a causa dei limiti imposti dalla normativa interna avrebbero potuto decidere di spostare il loro raggio d'azione altrove. È per ciò che, sebbene gli Stati membri dell'Unione europea siano parti della Convenzione MARPOL 73/78, l'azione degli USA ha provocato notevole preoccupazione nell'ambito dell'UE causando, a livello comunitario, un aumento dell'attenzione sul fenomeno dei rischi causati dall'inquinamento accidentale da idrocarburi in caso di collisione o incaglio.

Peraltro, già dopo la catastrofe dell'*Amoco-Cadiz* nel 1978 il Consiglio europeo aveva chiesto alla Commissione di presentare proposte sul controllo e sulla riduzione dell'inquinamento causato dalla fuoriuscita di idrocarburi. Sebbene fosse stato presentato un programma di proposte piuttosto ambizioso, una volta passata l'emozione suscitata dall'incidente, gli Stati membri mostrarono chiaramente la loro riluttanza nell'adottare misure coercitive sul piano comunitario (le quali peraltro richiedevano fino a qualche tempo fa il voto all'unanimità). L'azione della Comunità pertanto si concretizzò principalmente nell'adozione di semplici dichiarazioni o risoluzioni con le quali si invitavano gli Stati membri a ratificare le Convenzioni IMO e OIL.

A seguito dell'atteggiamento americano, tuttavia, e come si evince dalle comunicazioni e risoluzioni di Commissione, Parlamento⁵⁵ e Consiglio⁵⁶, è risultata evidente la necessità di una risposta comunitaria adeguata ed efficace prima del 2005, onde evitare che le petroliere bandite dagli USA per effetto dell'OPA 90 trasferiscano le loro attività commerciali verso l'Europa. Tale risposta avrebbe forse potuto consistere nella mera introduzione nella Comunità dei termini e dei limiti di età in materia di doppio scafo indicati dall'OPA 90, di cui all'art. 13 F allegato I alla Convenzione MARPOL 73/78.

Il naufragio delle petroliere *Erika* prima e *Prestige* poi hanno dato un impulso decisivo all'adozione di una normativa *ad hoc* in materia. In particolare, il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno adottato il Regolamento (Ce) n. 417/2002 del 18 febbraio 2002, avente appunto quale scopo l'introduzione accelerata delle norme in materia di doppio scafo o di tecnologia equivalente⁵⁷ per le petroliere monoscafo⁵⁸. Tale Regolamento, che aveva abrogato il Rego-

⁵⁵ Risoluzione del Parlamento europeo su una politica comune sulla sicurezza dei mari, in *Guce* n. C 91 del 28 marzo 1994, p. 301.

⁵⁶ Risoluzione del Consiglio su una politica comune sulla sicurezza dei mari, in *Guce* n. C 271 del 7 ottobre 1993, p. 1.

⁵⁷ Sulla definizione di «tecnologia equivalente» v. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio in materia di sicurezza marittima del trasporto di idrocarburi, Com(2000)0142 def., del 21 marzo 2000, all. 1-B, p. 48 ss. Il testo della Comunicazione è reperibile sul sito internet: <http://eur-lex.europa.eu>.

⁵⁸ *Guce* n. L 64 del 7 marzo 2002, p. 1.

lamento (Ce) n. 2978/94, ha subito successivamente innumerevoli modifiche, ad opera del Regolamento (Ce) n. 2099/2002 del 5 novembre 2002⁵⁹, del Regolamento (Ce) n. 1726/2003 del 22 luglio 2003⁶⁰, del Regolamento (Ce) n. 2172/2004 del 17 dicembre 2004⁶¹ e, da ultimo, del Regolamento (Ce) n. 457/2007 del 27 aprile 2007⁶².

Anche in considerazione del fatto che taluni Stati membri non hanno sbocchi sul mare né porti marittimi, può sorprendere, *prima facie*, che in materia di doppio scafo, l'UE, a differenza di quanto accaduto nelle altre fattispecie regolate dalla normativa sulla sicurezza del trasporto in mare, abbia scelto di utilizzare come strumento il regolamento e non la direttiva.

Questa scelta è dovuta al desiderio di ridurre il margine di discrezionalità che la normativa internazionale in materia doppio scafo lascia ai singoli Stati. Tale margine è infatti così ampio – sia sul piano dell'interpretazione della normativa che su quello della sua applicazione – che rischia di vanificare l'obbligo di giungere effettivamente al disarmo delle petroliere monoscafo, ed alla loro sostituzione, graduale ma celere, con le navi a doppio scafo.

In realtà, il problema sorge nella misura in cui la normativa internazionale rivolta alle petroliere monoscafo al fine di obbligarle a conformarsi alle norme in materia di doppio scafo o di tecnologia equivalente lascia alle autorità dello Stato di bandiera un margine di manovra assai ampio, sia sotto il profilo dell'interpretazione che sotto quello dell'applicazione del diritto, escludendo inoltre dal proprio campo di applicazione un certo numero di petroliere esistenti. Risulta quindi impossibile garantirne un'applicazione coercitiva uniforme e armonizzata tale da permettere una rapida sostituzione delle petroliere monoscafo con petroliere a doppio scafo.

Vi è quindi un forte rischio di distorsioni della concorrenza, inaccettabile sul piano comunitario. Nel rispetto dei principi fondamentali del diritto comunitario, infatti, risulta fondamentale nel mercato interno garantire lo stesso livello di sicurezza e di prevenzione dell'inquinamento marino nei traffici delle petroliere a destinazione di, in provenienza da e tra porti europei, riducendo al contempo i rischi di distorsioni della concorrenza dovuti all'applicazione di principi diversi in materia di diritti portuali e di pilotaggio.

L'unico strumento di diritto comunitario che garantisca la necessaria applicazione armonizzata ed accelerata delle norme definite a livello internazionale è quindi il regolamento. Né si oppone a ciò il fatto che taluni Stati membri non hanno sbocchi sul mare né porti marittimi: non è infatti escluso che vi siano navi dedicate al trasporto degli idrocarburi che battono la loro bandiera.

⁵⁹ *Guce* n. L 324 del 29 novembre 2002, p. 1.

⁶⁰ *Gu-Ue* n. L 249 del 1° ottobre 2003, p. 1.

⁶¹ *Gu-Ue* n. L 371 del 18 dicembre 2004, p. 26.

⁶² *Gu-Ue* n. L 113 del 30 aprile 2007, p. 1 e, *supra*, p. 159 s.

Lo scopo del Regolamento (Ce) n. 417/2002 è duplice, ai sensi del suo art. 1, come novellato dal Regolamento (Ce) n. 1726/2003. Il testo originario del Regolamento, infatti, gli attribuiva quale unico scopo quello «di prevedere l'introduzione accelerata delle norme in materia di doppio scafo o di tecnologia equivalente di cui alla convenzione MARPOL 73/78 applicabili alle petroliere monoscafo». Ad esso ne è stato aggiunto un secondo dal Regolamento n. 1726/2003, ossia quello di proibire che i prodotti petroliferi pesanti vengano trasportati da e verso i porti degli Stati membri utilizzando petroliere monoscafo.

Questa norma è il frutto dell'indubbio interesse che l'UE ha nel rafforzare le norme di sicurezza e di prevenzione dell'inquinamento. Per raggiungere questo obiettivo si è quindi deciso di adottare misure le quali garantiscano che sia le petroliere che accedono ai porti o ai terminali *off-shore* posti sotto la sovranità degli Stati membri, sia le petroliere che battono la bandiera degli Stati membri rispettino i criteri indicati dalla Convenzione MARPOL 73/78. L'applicazione di quest'ultima Convenzione, con le modifiche alla stessa apportate nel 1992 (le quali prevedono l'obbligo di doppio scafo o di tecnologia equivalente per le petroliere monoscafo esistenti quando raggiungono una certa età) dovrebbe infatti diminuire i rischi da inquinamento accidentale da idrocarburi nelle acque europee in caso di collisione o incaglio. È pertanto palese l'importanza di ridurre i tempi di applicazione alle petroliere monoscafo delle norme di tale Convenzione.

Ai sensi del suo art. 2, il Regolamento si applica alle petroliere di portata lorda pari o superiore a 5.000 tonnellate, che accedono a un porto o ad un terminale *off-shore* sotto la giurisdizione di uno Stato membro, ma anche che salpano o gettano l'ancora in una zona sotto la sovranità di uno di essi (come indica il Regolamento n. 1726/2003), indipendentemente dalla loro bandiera, o che battono la bandiera di uno Stato membro. Sono invece espressamente escluse dal campo di applicazione del Regolamento le navi da guerra, o ausiliarie, o ad altre navi possedute o gestite da uno Stato e impiegate solo per servizi statali a fini non commerciali.

Questa esclusione non sorprende più di tanto, se consideriamo che scopo del Regolamento è favorire l'applicazione della Convenzione MARPOL 73/78 in seno all'Unione europea e che la suddetta Convenzione, al suo art. 3.3, detta una norma analoga. Inoltre, il fatto di non adottare il regime giuridico comune alle navi da guerra, o ausiliarie o ad altre navi possedute o gestite da uno Stato e impiegate solo per servizi statali a fini non commerciali è prassi assai diffusa nell'ambito del diritto internazionale del mare (come dimostra chiaramente la normativa accolta nella Convenzione di Montego Bay), e trova la sua spiegazione nella necessità di considerare in maniera diversa sul piano della disciplina giuridica internazionale l'interesse pubblico statale e l'interesse commerciale⁶³.

⁶³ Per comprendere appieno il diverso peso che il diritto internazionale dà alle attività commer-

Anche in materia di dimensioni e configurazione dello scafo il Regolamento riprende la distinzione operata nella Convenzione MARPOL 73/78, distinguendo quindi fra tre categorie di petroliere.

La categoria 1 comprende le petroliere di portata lorda uguale o superiore a 20.000 tonnellate che trasportano petrolio greggio, olio combustibile, diesel pesante e olio lubrificante, nonché le petroliere di portata uguale o superiore a 30.000 tonnellate che trasportano idrocarburi diversi da quelli summenzionati le quali, essendo sprovviste di cisterne di zavorra segregata sistemate a fini di protezione non soddisfano i requisiti applicabili alle petroliere nuove e definiti all'allegato I della Convenzione MARPOL 73/78 e sono pertanto dette anche «pre-MARPOL».

Nella categoria 2 rientrano le petroliere di portata lorda uguale o superiore a 20.000 tonnellate che trasportano petrolio greggio, olio combustibile, diesel pesante e olio lubrificante e le petroliere di portata uguale o superiore a 30.000 tonnellate che trasportano idrocarburi diversi da quelli summenzionati, le quali sono tuttavia dotate di cisterne di zavorra segregata a fini protettivi. È proprio questa caratteristica a renderle conformi ai requisiti applicabili alle petroliere nuove definiti all'allegato I di MARPOL ed a distinguerle dalle petroliere della categoria 1.

Della categoria 3 infine fanno parte le petroliere monoscafo di portata lorda uguale o superiore a 5.000 tonnellate, ma inferiore ai limiti stabiliti per le categorie 1 e 2, consegnate prima del 6 luglio 1996 e quindi non contemplate dalla progressiva introduzione delle norme in materia di doppio scafo di cui alla regola 13 G dell'allegato I alla Convenzione MARPOL 73/78.

Il Regolamento (Ce) n. 417/2002, come modificato successivamente, tende sostanzialmente ad accelerare l'introduzione nella Comunità delle norme in materia di doppio scafo o di tecnologia equivalente di cui alla regola 13 F allegato I alla Convenzione MARPOL 73/78, allineandola sui limiti di età e sui termini ultimi previsti nell'OPA 90, al fine di evitare che le petroliere monoscafo bandite dalle acque statunitensi approdino ai porti europei.

Viene così seguita, a livello comunitario, l'impostazione dell'IMO che, proprio per conformarsi al provvedimento unilaterale statunitense, il 6 marzo 1992 aveva adottato modifiche della Convenzione MARPOL 73/78 (entrate in vigore il 6 luglio 1993) le quali avevano previsto, per le petroliere consegnate a partire dal 6 luglio 1996, l'obbligo di doppio scafo o di tecnologia equivalente al fine di prevenire un inquinamento da idrocarburi in caso di collisione o incaglio.

Ancora una volta ispirandosi alla Convenzione MARPOL 73/78, ma anticipandone le scadenze, la normativa comunitaria prevede un programma di

ciali rispetto a quelle che sono frutto di un'attività *iure imperii* da parte dello Stato basti ricordare la normativa attualmente in vigore in materia di immunità degli Stati dalla giurisdizione civile.

eliminazione per le petroliere monoscafo consegnate prima della data summenzionata. Così, già l'art. 4, nel comma 1, vieta a tutte le navi che non sono dotate di doppio scafo di battere bandiera di uno Stato membro e di accedere ai porti o ai terminali *off-shore* sotto la giurisdizione di uno Stato membro, a prescindere dalla sua bandiera, dopo una data determinata in ragione della data (giorno mese ed anno) di consegna della nave⁶⁴. Rileviamo come, rispetto a quanto previsto dal testo originario del Regolamento 417/2002, le date sono state tutte anticipate dal Regolamento n. 1726/2003. Ciò in quanto, alla luce del naufragio della petroliera monoscafo *Prestige*, facente parte della categoria 1 e che aveva la stessa età dell'*Erika* (26 anni), si è fatta strada la convinzione che tali limiti di età dovessero essere ulteriormente abbassati.

Sempre nell'ottica di adozione di misure più severe, il Regolamento n. 1726/2003 ha altresì introdotto una normativa *ad hoc* concernente le petroliere che trasportano prodotti petroliferi pesanti di portata lorda pari o superiore a 600 tonnellate le quali, se sono monoscafo, a norma del comma 3 dello stesso art. 4, non possono più accedere a porti e terminali *off-shore* sotto la giurisdizione di uno Stato membro, salpare da essi o gettare l'ancora in una zona sotto la giurisdizione di uno Stato membro, indipendentemente dalla bandiera che battono.

La disciplina è stata ulteriormente inasprita dal Regolamento n. 457/2007 che, riformando ulteriormente l'art. 4 del Regolamento n. 417/2002 (ed in particolare il suo comma 3), dopo aver ribadito quanto sopra ha previsto che *condicio sine qua non* per le petroliere che battano bandiera di uno Stato membro e trasportino prodotti petroliferi pesanti è quella di essere dotate di un doppio scafo. In particolare, la modifica della norma in questione ha lo scopo di colmare la lacuna che lasciavano la regola 13H dell'allegato I a MARPOL 73/78 ed il comma 3 dell'art. 4 del Regolamento n. 417/2002, nel testo introdotto dal Regolamento n. 1726/2003. Il combinato disposto delle due norme, infatti, non avrebbe impedito ad una nave battente bandiera di uno Stato membro di beneficiare delle deroghe di cui alla suddetta regola 13H, qualora avesse operato al di fuori dei porti o terminali *off-shore* soggetti alla

⁶⁴ In particolare:

«a. per le petroliere di categoria 1:

- 2003 per le navi consegnate nel 1980 o anteriormente,
- 2004 per le navi consegnate nel 1981,
- 2005 per le navi consegnate nel 1982 o posteriormente;

b. per le petroliere di categoria 2 e 3:

- 2003 per le navi consegnate nel 1975 o anteriormente,
- 2004 per le navi consegnate nel 1976,
- 2005 per le navi consegnate nel 1977,
- 2006 per le navi consegnate nel 1978 e 1979,
- 2007 per le navi consegnate nel 1980 e 1981,
- 2008 per le navi consegnate nel 1982,
- 2009 per le navi consegnate nel 1983,
- 2010 per le navi consegnate nel 1984 o posteriormente».

giurisdizione di uno Stato membro⁶⁵. Con quest'ultima modifica l'UE indica chiaramente di non volersi limitare a proteggere le sue coste dall'inquinamento, ma considerandolo un male di per sé, vuole cercare di impedire che ciò avvenga anche *aliunde*, utilizzando al massimo le possibilità fornite dalla sua giurisdizione, senza tuttavia travalicarne i limiti. Per cui il massimo che può fare, sul piano normativo, è estendere il divieto concernente tutte le navi che operino nei porti o terminali *off-shore* soggetti alla giurisdizione di uno Stato membro anche a tutte le navi battenti bandiera di uno Stato membro, a prescindere dal luogo ove operino. Il cambio di prospettiva non mi pare di poco conto: si passa da un approccio "domestico", tutto sommato egoistico (impedire agli altri che inquinino a casa mia) ad un approccio più globale (impedire anche a coloro cui posso dettare regole di inquinare a casa altrui).

Tale divieto non ha tuttavia portata assoluta. *In primis*, le petroliere che operano esclusivamente nei porti e nella navigazione interna possono essere esonerate dall'obbligo di cui al par. 3, a condizione che siano debitamente autorizzate a norma della legislazione in materia di navigazione interna (comma 4). Le petroliere di portata lorda inferiore a 5.000 tonnellate possono invece aspettare sino al 2008, data anniversario del varo della nave, per conformarvisi (comma 5). Infine, su autorizzazione degli Stati membri (e solo fino al 21 ottobre 2005), il divieto non scatta per le petroliere monoscafo antighiaccio, munite di un doppio fondo che non viene utilizzato per il trasporto di petrolio e che si estende sull'intera lunghezza della cisterna di carico, a condizione che i prodotti petroliferi pesanti siano trasportati unicamente nelle cisterne centrali della petroliera e qualora le condizioni di gelo richiedano l'utilizzo di una nave antighiaccio (comma 6).

Ai sensi dell'art. 5 vi è poi un divieto di massima di accedere a porti o terminali *off-shore* sotto la giurisdizione di uno Stato membro, di salpare da essi e di gettare l'ancora in una zona sotto la giurisdizione di uno Stato membro, dopo la data anniversario del giorno di consegna della nave, nel 2005, per le petroliere monoscafo di età superiore a 15 anni appartenenti alle categorie 2 e 3, indipendentemente dalla bandiera che battono.

Tale articolo è stato profondamente innovato dal Regolamento n. 1726/2003 che, inasprendo la normativa già in vigore col Regolamento n. 417/2002, ha fra l'altro cancellato la facoltà delle competenti autorità di uno Stato membro di consentire ad una petroliera battente la bandiera di detto Stato di continuare a navigare oltre tali date.

Tuttavia, come si evince dal combinato disposto degli artt. 5 e 6 del Regolamento, la possibilità di continuare rispettivamente ad accedere ai porti o ai terminali *off-shore* o di navigare oltre le suddette date è legata alla conformità delle navi al regime di valutazione delle condizioni della nave adottato

⁶⁵ V. considerando 2, 3, 4 e 5 del Regolamento n. 457/2007.

dalla Risoluzione MEPC 94(46) del 27 aprile 2001⁶⁶, come modificata dalla Risoluzione MEPC 99(48) dell'11 ottobre 2002 e dalla Risoluzione MEPC 112 (50) del 4 dicembre 2003⁶⁷.

Infine, ai sensi dell'art. 7, l'anno 2015 è indicato come il termine ultimo dopo il quale certe categorie di petroliere non possono più navigare o perlomeno accedere ai porti o ai terminali *off-shore* sottoposti alla sovranità di uno Stato membro⁶⁸.

Il Regolamento, tuttavia, non ignora la necessità di non compromettere la sicurezza degli equipaggi o delle petroliere in cerca di un'area sicura o un luogo di rifugio, né la necessità di consentire ai cantieri navali degli Stati membri di procedere alla riparazione di petroliere monoscafo. Così, ai sensi dell'art. 8, in deroga agli artt. 4, 5 e 7, la competente autorità di uno Stato membro può, fatta salva la normativa nazionale, permettere, in circostanze eccezionali, di accedere ai porti o ai terminali *off-shore* sotto la giurisdizione di detto Stato membro, ad una petroliera in difficoltà in cerca di un luogo di rifugio, ovvero ad una petroliera vuota in procinto di raggiungere un porto per essere riparata. Le disposizioni di diritto interno che gli Stati membri applicheranno in tali casi devono essere comunicate da questi ultimi alla Commissione, che ne informa gli altri Stati membri, come precisa il comma 2 dello stesso art. 8.

Di fatto, tenuto conto della quasi impossibilità di trasformare una petroliera monoscafo in nave a doppio scafo, nonché del fatto che le età limite specificate sono vicine alla fine della vita utile di una nave, la normativa comunitaria, così come già in quella statunitense e la Convenzione MARPOL, porta al disarmo delle petroliere monoscafo.

Di conseguenza, tale normativa causerà un'inversione della tendenza all'invecchiamento della flotta delle petroliere (nella misura in cui le petroliere più recenti a doppio scafo sostituiranno quelle monoscafo), garantendo così una tutela globalmente migliore contro il rischio di inquinamento accidentale, anche in considerazione del fatto che il raffronto tra i dati statistici relativi all'età e ai sinistri delle navi cisterna rivela un aumento del tasso di sinistri per le navi più vetuste⁶⁹.

⁶⁶ Si tratta delle risoluzioni adottate dal Comitato per la protezione dell'ambiente marino (in inglese «*Marine Environment Protection Committee*»).

⁶⁷ In sintesi, tale risoluzione prevede un regime internazionale di valutazione delle condizioni della nave o, in inglese «*Condition Assessment Scheme (CAS)*», che obbliga l'amministrazione dello Stato di bandiera a rilasciare una dichiarazione di conformità, nonché a partecipare alle procedure di ispezione nell'ambito del regime di valutazione delle condizioni.

⁶⁸ In particolare, nel 2015, dopo la data anniversario del giorno di consegna, a norma del par. 5 della regola riveduta 13G dell'allegato I della Convenzione MARPOL 73/78, alle petroliere di categoria 2 e di categoria 3 è vietata la navigazione qualora battano la bandiera di uno Stato membro, mentre qualora continuino ad operare battendo bandiera di uno Stato terzo è vietato loro l'accesso ai porti o ai terminali *off-shore* sottoposti alla sovranità di uno Stato membro.

⁶⁹ Tuttavia, un'altra conseguenza del processo in atto sarà l'incremento delle navi che, non potendo più essere utilizzate, dovranno essere demolite. Opportunamente quindi la Commissione ha

Infine, l'effetto traino della normativa non è trascurabile, in quanto l'industria sembra aver già anticipato la misura, essendosi oramai diffusa tra i noleggiatori e i proprietari di navi la pratica di non trasportare petrolio greggio o prodotti petroliferi verso i porti dell'UE in navi con più di 15 anni, e preferibilmente in navi a doppio scafo. Secondo le statistiche fornite da INTERTANKO⁷⁰, la percentuale di petroliere a doppio scafo è aumentata dal 39% nel 2000 al 51% alla fine di 2002 ed è sempre INTERTANKO a prevedere che per il 2007 il 75% delle petroliere sarà a doppio scafo.

5. Caratteristiche della normativa elaborata autonomamente dall'Unione europea

È innegabile che la sensibilità dell'Unione europea nei confronti della problematica della sicurezza marittima sia in costante aumento, come dimostra l'adozione di norme sempre più severe al fine di rafforzarla. Trattasi però di una politica relativamente recente⁷¹. Il testo di base è infatti la Comunicazione della Commissione del 1993 per una politica comune della sicurezza marittima⁷². Sebbene l'istituzione di una politica comune nel settore dei trasporti fosse già prevista nel testo originario dell'art. 3 del Trattato CEE, sia il dettato originario dell'art. 84, comma 2, dello stesso Trattato⁷³, che le obiezioni in materia di competenza sollevate da alcuni Stati membri⁷⁴ non rendevano certo agevole l'adozione di misure comunitarie in materia di sicurezza

presentato in data 22 maggio 2007 il Libro Verde per una migliore demolizione delle navi (Com(2007)269 def. del 22 maggio 2007), in cui correttamente si inquadra la problematica, sotto il profilo giuridico, nell'ambito del divieto di esportazione dei rifiuti pericolosi (su quest'ultimo tema v. L. PASQUALI, *Le régime juridique des mouvements transfrontières de déchets en droit communautaire et en droit international*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005).

⁷⁰ INTERTANKO è l'associazione internazionale dei proprietari indipendenti di navi cisterna, creata nel 1970 e composta da 235 membri, le flotte dei quali sono complessivamente composte da più di 2.230 navi cisterna (ovvero il 70% delle navi di proprietari indipendenti; i dati si riferiscono al gennaio 2005). I suoi obiettivi dichiarati sono la sicurezza dei trasporti di idrocarburi, dei mari più puliti e la libera concorrenza.

⁷¹ Tuttavia, come non manca di sottolineare la dottrina, «Non que l'Union Européenne n'ait pas déjà exploré le terrain de la sécurité maritime – le naufrage de l'Amoco-Cadiz avait été à l'origine en 1978 d'un programme communautaire spécifique et de quelques actions normatives relatives à la prévention et à lutte contre les pollutions marines par hydrocarbures». D. LE MORVAN, *Vers une stratégie européenne en matière de sécurité maritime*, cit. supra, nota 22, p. 22.

⁷² Com(93)66.

⁷³ Art. 84, comma 2: «Il Consiglio, con deliberazione unanime, potrà decidere se, in quale misura e con quale procedura, potranno essere prese opportune disposizioni per la navigazione marittima e aerea». Come sottolinea acutamente un autore (D. LE MORVAN, *Vers une stratégie européenne en matière de sécurité maritime*, loc. cit., nota 22, p. 23) si tratta di una formulazione assai generica e che non fornisce alcuna garanzia, in quanto il Consiglio «pourra-t-il décider de ne rien décider». Tanto più, aggiungiamo noi, che l'articolo in questione impone di prendere le decisioni all'unanimità.

⁷⁴ In particolare di Danimarca e Regno Unito.

marittima. Si dovette quindi attendere l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht che, modificando la norma cardine in materia di politica comune dei trasporti (art. 75 Trattato CEE o art. 71 Trattato CE secondo l'attuale numerazione), assegnava specificamente al Consiglio il potere di adottare «le misure atte a migliorare la sicurezza nei trasporti».

In attuazione dell'ambiziosa politica per migliorare la sicurezza delle navi, dei loro equipaggi e dei passeggeri e per prevenire più efficacemente l'inquinamento dei mari dettata dalla Comunicazione del 1993, a parte le misure sopra analizzate, varie azioni sono state realizzate (ed altre sono previste per un prossimo futuro). Queste azioni riguardano svariate materie, compresi i miglioramenti dell'attuale regime di risarcimento dei danni causati da fuoriuscite di petrolio, i provvedimenti per accrescere la trasparenza delle informazioni relative alla sicurezza nel trasporto marittimo (attraverso l'istituzione di una nuova base di dati in materia di sicurezza delle navi, EQUASIS, per rilevare informazioni relative alla sicurezza e alla qualità delle navi e dei loro operatori e le renderà facilmente accessibili su internet), la costituzione di una struttura europea per la sicurezza marittima (che è avvenuta con la costituzione dell'Agenzia europea per la sicurezza marittima) ed un migliore controllo a livello costiero del traffico marittimo nelle acque europee che, senza arrivare all'adozione di misure radicali (quali l'effettuazione di controlli delle navi fuori delle acque territoriali o addirittura il divieto o la limitazione della navigazione di alcune navi particolarmente pericolose nella zona economica esclusiva degli Stati membri), peraltro di dubbia legittimità sotto il profilo del diritto internazionale del mare e di difficile realizzabilità concreta, permetta tuttavia di tutelare l'innegabile diritto di uno Stato (specie se frequentemente esposto ad incidenti marittimi) di conoscere maggiormente e sorvegliare più accuratamente il passaggio al largo delle sue coste delle navi che trasportano sostanze inquinanti o presentano un importante rischio ad altro titolo.

Un primo appunto che si può tuttavia muovere alle istituzioni comunitarie è quello di agire sempre più sovente sulla scorta di ciò che abbiamo definito – con la dottrina – «*post-catastrophe syndrome*» (sebbene non siano le uniche ad adottare questo comportamento). Questa tendenza è indubbiamente un po' troppo accentuata. D'altro canto si deve considerare che, sino a quando la prassi non dimostra l'effettiva emergenza, l'azione comunitaria non può evitare di interagire col sistema più generale. Un'anticipazione di troppo lungo periodo sulla sicurezza, ad esempio che avesse avuto luogo una trentina di anni fa (l'incidente dell'*Amoco-Cadiz* è infatti del 1978) avrebbe potuto incidere in maniera surrettizia sulla libertà di circolazione su scala mondiale, costituendo così un ostacolo alla globalizzazione. Il diritto non può agire con troppo anticipo sulla coscienza pubblica mondiale. È solo con l'intensificazione della globalizzazione che vi è stato l'incremento degli scambi, sorgendo così la necessità di strumenti più adeguati. Peraltro, anche le stesse navi a sca-

fo unico, se nuove, presentano certe garanzie per la sicurezza. È solo a seguito del loro invecchiamento che si presenta il problema della loro inadeguatezza sul piano della sicurezza.

Tutti questi fattori contribuiscono a spiegare la concentrazione nel tempo delle misure, che non sono dovute unicamente alla sindrome *post-catastrofe* o alla pressione dell'opinione pubblica, ma anche a ragioni di tipo oggettivo, sia legate alla valutazione del rischio, quali l'intensificarsi di comunicazioni e scambi, e la contemporanea obsolescenza delle navi di prima generazione, che alla normativa di diritto internazionale generale, la cui evoluzione permette di evitare il rischio di essere accusati di andare controcorrente rispetto alla globalizzazione.

Non si può infatti considerare il livello regionale comunitario come una zona senza interrelazione con gli altri livelli del diritto internazionale. Bisogna inoltre tener conto dei danni agli operatori economici, tanto comunitari quanto appartenenti a Paesi terzi.

La normativa comunitaria è sorta in quanto erano maturate circostanze sia oggettive (ossia l'aumento del traffico ed il conseguente aumento degli incidenti, la cui frequenza è stata uno stimolo importante per il legislatore) sia oggettive, quali un diverso apprezzamento, una maggiore sensibilità nei confronti dei danni procurati dagli incidenti stessi, in particolare dei danni alla pesca ma anche alle località turistiche.

Tutto ciò fa sì che considerare la sindrome *post-catastrofe* quale l'unico fattore dello sviluppo comunitario in materia sia piuttosto riduttivo.

Per quanto poi riguarda il contributo specifico che la normativa comunitaria ha dato alla materia, bisogna apprezzare il fatto che l'Unione europea, facendo tesoro delle istanze avanzate dagli studiosi⁷⁵, abbia deciso di affiancare al controllo da parte dello Stato di bandiera, che rappresenta l'approccio tradizionale proprio del diritto internazionale, il controllo da parte dello Stato d'approdo. Inoltre, mentre a livello di diritto internazionale gli strumenti adottati (su tutti il Protocollo di intesa di Parigi del 1982) non sono vincolanti, l'Unione europea, con la direttiva n. 5/21/Ce si è dotata di una normativa vincolante che disciplina il controllo delle navi da parte dello Stato d'approdo. L'importanza di tale atteggiamento si deduce dalle posizioni adottate dalla dottrina, la quale non manca di sottolineare quanto sia rilevante il controllo dello Stato d'approdo⁷⁶.

⁷⁵ Sull'importanza di affiancare il controllo da parte dello Stato d'approdo al controllo tradizionalmente effettuato dallo Stato di bandiera v., fra gli altri, J. HARE, *Port State Control: Strong Medicine to Cure A Sick Industry*, in *Georgia Int'l & Comp. L.*, 1997, vol. 26, p. 571-594; F. PLAZA, *The future for Flag State Implementation and Port State Control*, in *Current Maritime Issues and the International Maritime Organization*, 1999, p. 199-219; D. VANDERZWAAG, *The precautionary Principle and Marine Environmental Protection: Slippery Shores, Rough Seas and Rising Normative Tides*, in *Ocean Development & International Law*, vol. 33, 2002, p. 165-188; J. E. VORBACH, *The Vital Role of Non-Flag State Actors in the Pursuit of Safer Shipping*, in *Ocean Development & International Law*, vol. 32, 2001, p. 27-42.

⁷⁶ «International port state control has come of age. With its roots founded in necessity bred of

D'altronde, per garantire l'applicazione delle regole per la sicurezza del trasporto marittimo è fondamentale che vi siano controllo ed ispezione dall'inizio alla fine e che questi siano completi, nel senso che vengano effettuati sia dallo Stato di bandiera che dallo Stato di approdo, al fine di ridurre i rischi legati ad un controllo insufficiente (quando non addirittura inesistente).

6. Rapporto fra diritto comunitario e diritto internazionale universale

A questo punto sorge però un quesito di fondo: è opportuno che l'Unione europea si occupi di disciplinare la materia della sicurezza marittima? Prendendo in considerazione il carattere internazionale della navigazione si potrebbe infatti sostenere l'opportunità di lasciare al diritto internazionale il compito di disciplinare questa materia. Ed effettivamente vi è chi la pensa in questo modo⁷⁷. Tuttavia, in primo luogo, non si può trascurare la pressione di certa opinione pubblica sensibile all'ambiente sulle istituzioni comunitarie, dovuta ad una "comunitarizzazione" della gravità dei disastri, i cui effetti sono stati amplificati ed hanno coinvolto l'opinione pubblica non solo del luogo ove sono avvenuti, ma anche degli altri Stati membri, trattandosi di un effetto positivo della globalizzazione (intesa in senso comunitario). Per quanto poi concerne più precipuamente il rapporto fra diritto comunitario e diritto internazionale, bisogna considerare qual è stato l'atteggiamento complessivo delle istituzioni comunitarie: il diritto dell'UE si è ispirato sempre a quello internazionale, al massimo utilizzando i suoi strumenti giuridici – più efficaci di quelli internazionali – per mettere in pratica quanto veniva deciso, magari in maniera non vincolante, a livello internazionale. Ciò trova puntuale conferma negli atti comunitari esaminati in questo scritto. Così, solo per evidenziare gli aspetti più salienti, l'art. 3 della direttiva n. 94/57/Ce detta: «Gli Stati membri, nell'esercizio delle responsabilità e nell'adempimento degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali, si adoperano affinché le loro ammi-

successive maritime casualties, port state control has come into its own as the most effective means of ridding the world's ports and oceans of sub-standard, unseaworthy and dangerous ships. This is not to say that international pressure on flag states, owners and classification societies to do their jobs properly and responsibly should be in any way relaxed. The reality, however, remains that there are good and bad ship-owners. There are good and bad classification societies. And there are good and bad ship registers. Let the international message of port state control be loud and clear: bad ships, bad owners, bad flag states and bad classification societies are pariahs for which there should be no place in the shipping industry of the future». J. HARE, *Port State Control*, cit. supra, nota 75, p. 593-594.

⁷⁷ «From time to time the involvement of the European Union and in particular of the European Commission in matters of maritime safety and prevention of ship-source pollution is challenged or questioned» «regional initiatives (...) are met with doom and gloom». J. DE DIEU, *EU Policies Concerning Ship Safety and Pollution Prevention Versus International Rule-Making*, in H. RINGBOM (editor), *Competing Norms in the Law of Marine Environmental Protection*, London - The Hague - Boston, Kluwer, 1997, p. 141.

nistrazioni competenti diano adeguata esecuzione alle norme delle convenzioni internazionali in particolare riguardo alle ispezioni e al controllo delle navi e al rilascio dei relativi certificati, nonché dei certificati di esenzione», la direttiva n. 95/21/Ce è chiaramente ispirata al MOU di Parigi⁷⁸ e la normativa comunitaria in materia di doppio scafo o di tecnologia equivalente per le petroliere monoscafo prende le mosse dalla Convenzione MARPOL 73/78, come risulta già dal preambolo del Regolamento (Ce) n. 417/2002.

Né si può ignorare come il quadro classico dell'azione internazionale in materia di sicurezza marittima, attraverso l'Organizzazione marittima internazionale (IMO) resti insufficiente per affrontare efficacemente le cause di catastrofi del naufragio delle varie petroliere.

L'efficacia dell'azione dell'IMO è infatti fortemente limitata poiché, a causa dell'assenza di mezzi di controllo adeguati, le regole di tale organizzazione non risultano applicate dovunque nel mondo con la medesima attenzione, fenomeno che tende ad accentuarsi con l'evoluzione del trasporto marittimo avutasi da alcuni decenni a questa parte, in particolare con l'emergere delle "bandiere di comodo", alcune delle quali non si conformano agli obblighi assunti in virtù delle convenzioni internazionali. Infatti, sebbene in generale ogni fattispecie di carattere marittimo sia meglio disciplinata da una regolamentazione coordinata sul piano globale, spesso riuscire a trovare un accordo generale su *standard* specifici ed altamente tecnici è tutt'altro che facile perché in ultima istanza gli interessi degli Stati sono confliggenti. Ciò porta all'inevitabile adozione di soluzioni di compromesso ed alla altrettanto inevitabile reazione da parte di chi, non essendo rimasto soddisfatto da tale compromesso, cerca di imporre il suo punto di vista a livello regionale o nazionale. Si deve inoltre considerare l'effetto della «sindrome post-catastrofe». Non è certo un caso che i primi atti delle istituzioni europee siano del 1993 e 1994: al contrario, essi risentono evidentemente dell'impressione suscitata dagli incidenti dell'*Aegean Sea* (3 dicembre 1992) e della *Braer* (5 gennaio 1993), entrambi avvenuti in prossimità delle coste comunitarie.

Inoltre, mentre l'azione internazionale ha i suddetti limiti e debolezze, l'efficacia del diritto comunitario è garantita dalle sue caratteristiche di ordinamento *sui generis*, che si fonda su pilastri quali la possibilità di emanare atti vincolanti e la prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale degli Stati membri. In cambio, il limite del diritto comunitario è dato dal fatto che il suo intervento ha dei precisi confini geografici.

Sposando la tesi di chi sostiene che il diritto internazionale della sicurezza marittima ha bisogno di un'intermediazione regionale⁷⁹ possiamo quindi

⁷⁸ «the Directive clearly builds on the Paris MOU». E. MOOLENAR, *The EC directive on port State control in context*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 1996, p. 264.

⁷⁹ D. LE MORVAN, *Vers une stratégie européenne en matière de sécurité maritime*, cit. *supra*, nota 22, p. 29.

capire quale sia il ruolo del diritto comunitario in materia e quale sia il suo rapporto col diritto internazionale, un rapporto non conflittuale, ma pacifico, in cui i ruoli sono distribuiti equamente⁸⁰.

D'altronde degli elementi di regionalizzazione del diritto del mare si trovano nelle principali convenzioni internazionali in materia. In tal senso possiamo citare la Convenzione di Montego Bay che, nel suo art. 197, invita gli Stati parte a cooperare in ambito regionale per elaborare delle norme, compatibili con la Convenzione, aventi come obiettivo la protezione e la conservazione dell'ambiente marino, ma anche le convenzioni in materia di sicurezza marittima, quali la MARPOL e la COLREG, prevedono la possibilità di trattare determinati temi (quali ad esempio i sistemi di separazione del traffico) a livello regionale.

Il diritto comunitario del mare ed in particolare quello della sicurezza marittima può quindi trovare il suo posto nell'ambito di un regionalismo organizzato del diritto internazionale del mare. E in effetti, nel caso di specie, l'Unione europea non ha introdotto novità contrastanti coi principi generali. Al contrario, il diritto comunitario si dedica ad affinare ed applicare i principi già elaborati nel diritto internazionale.

Possiamo dire che nella materia in esame è stato realizzato in maniera egregia il sempre auspicabile collegamento fra diritto internazionale universale e regionale, ove l'interrelazione fra i due livelli si esplica in identificazione dei principi generali sul piano universale ed effettiva attuazione degli stessi in ambito regionale.

Trattandosi di tutela dell'ambiente comunitario, bisogna tuttavia tenere sempre presente che essa deve sempre essere commisurata con l'aspetto commerciale, dovendo peraltro evitare di scontrarsi con le grandi libertà del diritto comunitario, in particolare la libera circolazione delle merci e dei servizi. In effetti, solitamente, quando l'Unione europea, occupandosi di tutela dell'ambiente, cede all'impulso di certa opinione pubblica sensibile all'ambiente ed impone *standard* ambientali rigorosi, rischia di svantaggiare gli Stati membri e le imprese comunitarie nei confronti delle imprese degli altri Stati, in particolare di quelli industrializzati. Questo è normalmente considerato come uno degli effetti negativi della globalizzazione.

In materia di sicurezza del trasporto marittimo si verifica invece un fenomeno di segno opposto, curioso ed originale, che potremmo definire come un "effetto positivo" della globalizzazione. Ciò avviene in particolare a proposito della normativa sul doppio scafo, ove l'adozione di una disciplina comunitaria maggiormente protettiva dell'ambiente si sarebbe scontrata col cri-

⁸⁰ «Community action and IMO regulation should not be seen as two different worlds ... the EC legislation in the maritime field is interwoven with existing global international rules and ... both should be applied in conjunction in the Community». J. DE DIEU, *EU Policies Concerning Ship Safety*, cit. *supra*, nota 77, p. 163.

terio tradizionale in materia, quello dell'economicità del trasporto che, sulla spinta dei rischi economici legati alla globalizzazione, avrebbe anche potuto prevalere. Nella fattispecie concreta, tuttavia, vi è stata l'adozione, da parte degli Stati Uniti, di una normativa (l'«*Oil Pollution Act*») che, imponendo unilateralmente l'obbligo del doppio scafo (e nonostante le disposizioni relative al doppio scafo introdotte successivamente dall'IMO), faceva nascere il rischio che le petroliere a scafo singolo bandite dalle acque americane in ottemperanza all'*Oil Pollution Act* venissero tutte utilizzate altrove (ivi compresa l'UE) aumentando i rischi di inquinamento in tali zone.

Conseguenza di tali eventi è che l'intervento legislativo dell'Unione europea in materia non ha più una giustificazione tecnico-giuridica, venendo invece ad assumere i tratti di una scelta di politica legislativa in qualche misura obbligata, nascente dal confronto con i provvedimenti adottati dagli Stati Uniti. È quindi il frutto di un effetto positivo di sequenza obbligata, con una reazione più pronta (USA) e delle reazioni a catena (IMO, UE), effetto positivo che può essere considerato una conseguenza della globalizzazione sul piano normativo, la quale provoca un miglioramento del livello di sicurezza globale. Certe cose, infatti, si ripercuotono non solo a livello di coscienza sociale, ma anche sotto il profilo economico, implicando considerazioni legate alla convenienza commerciale di determinate misure economiche.

Uno degli effetti più tipici della globalizzazione è che, se gli USA (e gli altri Stati, in particolare quelli industrializzati) corrono, l'Unione europea non può stare ferma, sennò non resta ferma, ma arretra. Orbene, nel caso di specie questo vale per l'adozione di una normativa quale quella sul doppio scafo che causa un miglioramento del livello di sicurezza globale. È in tal senso che si può parlare di "effetto positivo" della globalizzazione.

Oltre a queste considerazioni di tecnica legislativa, bisogna poi porsi dei quesiti di politica legislativa. L'innalzamento dei parametri di sicurezza ha infatti un costo e potrebbe essere contrario alla libera circolazione. Nella fattispecie in esame, tuttavia, la scelta di una maggior tutela dell'ambiente non è influenzata, come solitamente accade, solo da certa opinione pubblica sensibile a tali tematiche (peraltro nel caso in esame particolarmente incisiva a seguito della c.d. "comunitarizzazione" della gravità dei disastri di cui parlavamo prima), ma anche dall' "effetto-domino" derivante dall'esempio USA, il quale ha conseguenze economiche e pratiche, comportando un rischio di abbassamento del livello di sicurezza dell'UE, nella misura in cui i mezzi più sicuri vengono riservati ai trasporti con gli USA.

In tal senso si tratta di una soluzione obbligata.

Sebbene la sicurezza del trasporto marittimo in ambito comunitario rappresenti un esempio di coerenza fra livello regionale ed universale, in quanto alla rispondenza del diritto UE al diritto internazionale si somma un innalzamento del livello di sicurezza del diritto UE, bisogna sempre essere vigili per

evitare che il sistema comunitario venga messo al di fuori della coscienza internazionale.

Se da una parte è innegabile la necessità di tutelare in maniera più adeguata un valore quale l'ambiente, sempre più fondamentale (in particolare per gli Stati membri dell'Unione europea, paladini di tale valore nell'ambito della comunità internazionale), dall'altra sussistono delle considerazioni di tipo sistematico: il settore della sicurezza dei trasporti marittimi è strettamente connesso ad altri settori, quali la libera circolazione delle merci, il processo di globalizzazione economica, la tutela della concorrenza. In particolare, per quanto concerne quest'ultimo aspetto è opportuno sottolineare l'importanza di non imporre norme vessatorie agli operatori economici di una certa regione del mondo rispetto agli altri, al fine di non danneggiare la concorrenza sul piano globale. È quindi indispensabile che la normativa venga adottata al momento giusto e tenendo conto del quadro globale cui il settore deve essere collegato, anche per evitare che in seno all'Unione europea vengano assunti atteggiamenti non condivisi dalla comunità internazionale nel suo complesso.

Il rischio di andare oltre i limiti è sempre presente, come dimostra quanto sta avvenendo nel settore agro-alimentare ove le preoccupazioni dell'opinione pubblica europea (ad esempio in materia di organismi geneticamente modificati) spingono l'Unione europea ad andare oltre i limiti previsti dagli altri Stati industrializzati (quali gli Stati Uniti).

Tuttavia una chiusura assoluta del proprio mercato, tanto agli organismi geneticamente modificati quanto a certi tipi di navi, rischia di essere contraria alla coscienza internazionale universale.

Leonardo Pasquali*

* Ricercatore di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Pisa.

DOCUMENTAZIONE

ISTITUZIONI EUROPEE: IL 13 DICEMBRE 2007 È STATO FIRMATO A LISBONA IL TRATTATO DI RIFORMA

Il Trattato in sintesi*

Il 13 dicembre 2007 i *leader* dell'Unione europea hanno firmato il Trattato di Lisbona, mettendo fine a diversi anni di negoziati sulla riforma istituzionale.

Il Trattato di Lisbona modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, attualmente in vigore, senza tuttavia sostituirli. Il nuovo Trattato doterà l'Unione del quadro giuridico e degli strumenti necessari per far fronte alle sfide del futuro e rispondere alle aspettative dei cittadini.

1. Un'Europa più democratica e trasparente, che rafforza il ruolo del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali, offre ai cittadini maggiori possibilità di far sentire la loro voce e chiarisce la ripartizione delle competenze a livello europeo e nazionale.

- Un ruolo rafforzato per il Parlamento europeo: il Parlamento europeo, eletto direttamente dai cittadini dell'UE, sarà dotato di nuovi importanti poteri per quanto riguarda la legislazione e il bilancio dell'UE e gli accordi internazionali. In particolare, l'estensione della procedura di codecisione garantirà al Parlamento europeo una posizione di parità rispetto al Consiglio, dove sono rappresentati gli Stati membri, per la maggior parte degli atti legislativi europei.

- Un maggiore coinvolgimento dei parlamenti nazionali: i parlamenti nazionali potranno essere maggiormente coinvolti nell'attività dell'UE, in particolare grazie ad un nuovo meccanismo per verificare che l'Unione intervenga solo quando l'azione a livello europeo risulti più efficace (principio di sussidiarietà). Questa maggiore partecipazione, insieme al potenziamento del ruolo del Parlamento europeo, accrescerà la legittimità ed il funzionamento democratico dell'Unione.

- Una voce più forte per i cittadini: grazie alla cosiddetta «iniziativa dei cittadi-

* Il testo che si pubblica è tratto dal sito internet http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/index_it.htm (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 205 ss., il commento di MASSIMO FRAGOLA.

ni», un gruppo di almeno un milione di cittadini di un certo numero di Stati membri potrà invitare la Commissione a presentare nuove proposte.

- Ripartizione delle competenze: la categorizzazione delle competenze consentirà di definire in modo più preciso i rapporti tra gli Stati membri e l'Unione europea.

- Recesso dall'Unione: per la prima volta, il Trattato di Lisbona riconosce espressamente agli Stati membri la possibilità di recedere dall'Unione.

2. Un'Europa più efficiente, che semplifica i suoi metodi di lavoro e le norme di voto, si dota di istituzioni più moderne e adeguate ad un'Unione a 27 e dispone di una maggiore capacità di intervenire nei settori di massima priorità per l'Unione di oggi.

- Un processo decisionale efficace ed efficiente: il voto a maggioranza qualificata in seno al Consiglio sarà esteso a nuovi ambiti politici per accelerare e rendere più efficiente il processo decisionale. A partire dal 2014, il calcolo della maggioranza qualificata si baserà sulla doppia maggioranza degli Stati membri e della popolazione, in modo da rappresentare la doppia legittimità dell'Unione. La doppia maggioranza è raggiunta quando una decisione è approvata da almeno il 55% degli Stati membri che rappresentino almeno il 65% della popolazione dell'Unione.

- Un quadro istituzionale più stabile e più semplice: il Trattato di Lisbona istituisce la figura del presidente del Consiglio europeo, eletto per un mandato di due anni e mezzo, introduce un legame diretto tra l'elezione del presidente della Commissione e l'esito delle elezioni europee, prevede nuove disposizioni per la futura composizione del Parlamento europeo e per una Commissione ridotta e stabilisce norme più chiare sulla cooperazione rafforzata e sulle disposizioni finanziarie.

- Migliorare la vita degli europei: il Trattato di Lisbona migliora la capacità di azione dell'UE in diversi settori prioritari per l'Unione di oggi e per i suoi cittadini. È quanto avviene in particolare nel campo della «libertà, sicurezza e giustizia», per affrontare problemi come la lotta al terrorismo e alla criminalità. La stessa cosa si verifica, in parte, anche in ambiti come la politica energetica, la salute pubblica, la protezione civile, i cambiamenti climatici, i servizi di interesse generale, la ricerca, lo spazio, la coesione territoriale, la politica commerciale, gli aiuti umanitari, lo sport, il turismo e la cooperazione amministrativa.

3. Un'Europa di diritti e valori, di libertà, solidarietà e sicurezza, che promuove i valori dell'Unione, integra la Carta dei diritti fondamentali nel diritto primario europeo, prevede nuovi meccanismi di solidarietà e garantisce una migliore protezione dei cittadini europei.

- Valori democratici: il Trattato di Lisbona precisa e rafforza i valori e gli obiettivi sui quali l'Unione si fonda. Questi valori devono servire da punto di riferimento per i cittadini europei e dimostrare quello che l'Europa può offrire ai suoi partner nel resto del mondo.

- I diritti dei cittadini e la Carta dei diritti fondamentali: il Trattato di Lisbona mantiene i diritti esistenti e ne introduce di nuovi. In particolare, garantisce le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali rendendoli giuridicamente vincolanti. Il Trattato contempla diritti civili, politici, economici e sociali.

- Libertà dei cittadini europei: il Trattato di Lisbona mantiene e rafforza le quattro libertà fondamentali, nonché la libertà politica, economica e sociale dei cittadini europei.

- Solidarietà tra gli Stati membri: il Trattato di Lisbona dispone che l'Unione e gli

Stati membri sono tenuti ad agire congiuntamente in uno spirito di solidarietà se un Paese dell'UE è oggetto di un attacco terroristico o vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo. Pone inoltre l'accento sulla solidarietà nel settore energetico.

- Maggiore sicurezza per tutti: la capacità di azione dell'Unione in materia di libertà, sicurezza e giustizia sarà rafforzata, consentendo di rendere più incisiva la lotta alla criminalità e al terrorismo. Anche le nuove disposizioni in materia di protezione civile, aiuti umanitari e salute pubblica contribuiranno a potenziare la capacità dell'Unione di far fronte alle minacce per la sicurezza dei cittadini.

4. Un'Europa protagonista sulla scena internazionale, il cui ruolo sarà potenziato raggruppando gli strumenti comunitari di politica estera, per quanto riguarda sia l'elaborazione che l'approvazione di nuove politiche. Il Trattato di Lisbona permetterà all'Europa di esprimere una posizione chiara nelle relazioni con i *partner* a livello mondiale. Metterà la potenza economica, umanitaria, politica e diplomatica dell'Europa al servizio dei suoi interessi e valori in tutto il mondo, pur rispettando gli interessi particolari degli Stati membri in politica estera.

- La nuova figura di alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, che sarà anche vicepresidente della Commissione, è destinata a conferire all'azione esterna dell'UE maggiore impatto, coerenza e visibilità.

- Un nuovo servizio europeo per l'azione esterna assisterà l'alto rappresentante nell'esercizio delle sue funzioni.

- La personalità giuridica unica conferita all'Unione ne rafforzerà il potere negoziale, potenzierà ulteriormente la sua azione in ambito internazionale e la renderà un *partner* più visibile per i Paesi terzi e le organizzazioni internazionali.

- La politica europea di sicurezza e di difesa, pur conservando dispositivi decisionali speciali, agevolerà la cooperazione rafforzata tra un numero ristretto di Stati membri.

OSSERVAZIONI SUL TRATTATO DI LISBONA TRA COSTITUZIONE EUROPEA E PROCESSO DI «DECOSTITUZIONALIZZAZIONE»

Sommario: **1.** *Genesi del nuovo Trattato. La crisi successiva al voto negativo di Francia e Paesi Bassi. La ripresa dopo la lunga «pausa di riflessione». Dal Trattato sulla Costituzione europea al nuovo Trattato di Lisbona* - **2.** *Considerazioni preliminari sul metodo adottato per la stesura del testo. Il ruolo della Presidenza tedesca e la Dichiarazione di Berlino* - **3.** *Alcune riflessioni sulla struttura redazionale e sul valore dei Trattati. La struttura «binaria» TUE-TFUE con l'aggiunta della Carta dei diritti fondamentali* - **4.** *L'integrazione differenziata «multi-velocità» e «multilivello»: il nuovo paradigma dell'integrazione europea* - **5.** *Altre innovazioni rilevanti «in» e le innovazioni mancate «out» sempre nell'ottica di «decostituzionalizzazione»* - **6.** *Segue. In conclusione.*

1. Genesi del nuovo Trattato. La crisi successiva al voto negativo di Francia e Paesi Bassi. La ripresa dopo la lunga «pausa di riflessione». Dal Trattato sulla Costituzione europea al nuovo Trattato di Lisbona

Dopo un *iter* piuttosto insolito, il 13 dicembre 2007 si sono conclusi i lavori della Conferenza intergovernativa (CIG) che ha consegnato alla firma dei Capi di Stato o di Governo dei 27 Stati membri dell'Unione europea, il testo del «Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea»¹.

¹ Nel presente lavoro la numerazione degli articoli dei Trattati modificati dal Trattato di Lisbona (vale a dire TUE e TFUE) è quella indicata nella «Tabella di corrispondenza» allegata al Trattato di Lisbona che farà fede con l'entrata in vigore del testo consolidato definitivo. Per un primo approccio, v. Conferenza dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri, Bruxelles 3 dicembre 2007, doc. CIG 14/07. Oggetto: Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, in <http://eur-lex.europa.eu>. Per un puntuale primo commento completo e sistematico al Trattato di Lisbona J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, Il Mulino, 2007. Tra i primi commenti apparsi prevalentemente *on line* cfr. S. CARRERA - F. GEYER, *The Reform Treaty & Justice and Home Affaire*, in *Policy Brief*, n. 141, August 2007, Centre for European Policy Studies, Brussels; R. RUGGIERO, *La Ue esce dalla crisi ma perde un'occasione*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 novembre 2007; J. GIULIANI, *Understanding the European Council in Lisbon and the Reform Treaty*, *European Issues* n. 69, 23 luglio 2007, Robert Schuman Foundation; E. TRIGGIANI, *La speranza di un rilancio?*, Editoriale, in *Sud in Europa*, ottobre 2007; A. VILLAFRANCA, *Il Trattato di Lisbona: fine di una crisi?*, in *Ispi Policy Brief*, n. 63/2007, p. 1 ss.; A. DUFF, *Guida al Trattato di Lisbona*, in <http://www.andrewduffinep.org.uk>; Centro Nazionale di Informazione e Documentazione Europea (CIDE) (a cura di), *Verso il nuovo Trattato di riforma*, in <http://www.cide.it/Contenuti/>.

Si apre adesso la delicata fase delle procedure nazionali di ratifica che, nella precedente occasione in seguito al voto contrario di Francia e Paesi Bassi, è stata fatale al «Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa» (d'ora in avanti «Costituzione europea») firmato a Roma nel 2004².

Com'è noto, si è giunti al Trattato di riforma – è questa un'altra denominazione del Trattato di Lisbona³ – dopo una prolungata *impasse* politica, interrotta durante il semestre di Presidenza tedesca, a cui si deve il merito di aver sbloccato una situazione divenuta a dir poco insostenibile⁴.

Il Trattato di riforma è un trattato «decostituzionalizzato». Sebbene la Costituzione europea non sia mai entrata in vigore, per cui la comparazione con il nuovo Trattato andrebbe fatta con i Trattati vigenti nella versione modificata a Nizza nel 2001⁵, il Trattato di Lisbona è largamente originato dalla Costituzione europea della quale recepisce la sostanza nella quasi totalità, ancorché «decostituzionalizzando» l'intera struttura del testo precedente⁶.

L'esigenza politica dei Governi di «decostituzionalizzare», almeno formalmente, il Trattato precedentemente respinto da una parte dei cittadini dell'Unione, ha comportato un gravoso compromesso negoziale. Esso trae origine dalle assicurazioni fatte da alcuni *leader* politici ai propri elettori, in ordine all'abbandono del testo «costituzionale» in cambio di un accordo in tono minore in grado di rassicurare i cittadini da un lato, a livello nazionale, sulla necessità di rispettare la sovranità dello Stato⁷ e, dall'altro, a livello dell'Unione, sulla necessità di garantire una governabilità del sistema per i prossimi anni senza dover ricorrere a continue e talvolta improduttive revisioni dei Trattati⁸.

² Sul Trattato costituzionale, per tutti, cfr. A. TIZZANO (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa*, Milano, Giuffrè, 2004; M. CONDINANZI - B. NASCIMBENE, *Europa senza Costituzione*, in *Corr. giur.*, n. 8, 2005, p. 1041 ss. Di recente l'imponente opera di L. BURGORGUE-LARSEN - A. LEVADE - F. PICOD (sous la direction de), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Parties I et IV, «Architecture constitutionnelle», Commentaire article par article*, Tome 1, Bruxelles, Bruylant, 2007.

³ Così ufficialmente denominato ai sensi dell'art. 7 del Trattato di riforma.

⁴ Non soltanto per la necessità delle riforme istituzionali necessarie ad una Unione a 27 e in prospettiva ancora più allargata, ma anche per le imminenti elezioni del Parlamento europeo previste nel mese di giugno del 2009.

⁵ In *Guce* n. C 80 del 10 marzo 2001.

⁶ Evidentemente il Trattato costituzionale è stato percepito da taluni come una vera e propria costituzione istitutiva di un nuovo soggetto politico; il che ha spaventato una parte dei Governi degli Stati membri e dei cittadini. Sul punto J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, Il Mulino, 2007, in *specie* p. 115 ss. *Infra*, par. 4, l'analisi di taluni aspetti «decostituzionalizzati» ma mantenuti dalla Costituzione europea nel Trattato di Lisbona.

⁷ Sulla difficoltà della nozione di sovranità e sulla sovranità condivisa cfr. G. TESAURO, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, p. 235 ss.; mi sia pure consentito rinviare a M. FRAGOLA, *Sovranità diffuse e diritti umani nella prospettiva comunitaria*, in *Riv. dir. europeo*, 1999, p. 3 ss.; nella prospettiva comparatistica cfr. le interessanti conclusioni di R. LOUVIN, *Legami federativi e declino della sovranità*, Torino, Giappichelli, 2001.

⁸ Il che è auspicabile se si considera che a partire dall'Atto Unico europeo del 1986 sono state ben sei le revisioni dei Trattati istitutivi. Parla di «negoziato permanente» A. TIZZANO, *Il Trattato*

Sempre nell'ottica della «decostituzionalizzazione», e con l'obiettivo di rassicurare coloro che avevano bocciato la Costituzione europea, il mandato alla CIG afferma in modo perentorio che «il progetto costituzionale è abbandonato»⁹.

A differenza della Costituzione europea che era stata completamente riscritta rispetto ai testi precedenti, il Trattato di Lisbona riprende la vecchia tradizione della revisione dei Trattati.

Considerando le norme contenute nella Costituzione europea – che peraltro furono oggetto del doppio passaggio negoziale della «Convenzione»¹⁰ e della CIG¹¹ – il nuovo Trattato modifica i Trattati precedenti, talvolta in modo significativo, integrando in gran parte le innovazioni contenute nella Costituzione europea, con l'aggiunta di nuove norme e ridisegnandone, sempre nell'ottica della «decostituzionalizzazione», l'intera struttura¹².

Ciò comporta non poche difficoltà al lettore che, senza la parallela consultazione dei trattati precedenti, non può valutare l'entità delle modifiche ovvero analizzare le nuove norme alla luce dell'intero Trattato nel quale si inseriscono¹³.

Il che appare paradossale, ove si consideri che il Trattato di Lisbona «è stato predisposto per *semplificare* il testo del precedente Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, considerato troppo complesso e farraginoso»¹⁴.

E ancora, è stato attentamente notato che «secondo i *semplificatori*, pertanto, coloro che avevano votato contro il precedente Trattato senza averlo letto, voteranno ora a favore del nuovo che non capirebbero neppure se lo leggessero!»¹⁵.

di Amsterdam, Padova, Cedam, 1998, p. 7.

⁹ Si vedano sul punto le considerazioni di M. CASTELLANETA, *Si riducono i tempi per l'adozione degli atti di cooperazione penale*, in *Guida al Diritto/Diritto comunitario e internazionale*, n. 6, 2007, p. 18.

Giova notare che vi sono delle differenze significative nelle varie versioni linguistiche. Se la versione italiana parla di abbandono del «progetto costituzionale», le versioni inglese, francese e tedesca parlano di «the constitutional concept», «le concept constitutionnel», «das Verfassungskonzept» quindi di concetto costituzionale; la versione olandese «de constitutionele idee» addirittura di idea costituzionale (J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, cit. *supra*, nota 6, p. 118).

¹⁰ Ricordo, si tratta di un organo *ad hoc* a larga partecipazione di Stati, Parlamenti e persone rappresentanti la società civile oltre alle istituzioni ed organi Ue.

¹¹ G. TESAURO, *Un testo di revisione stilato a tempo di record che sacrifica partecipazione e valori condivisi*, in *Guida al Diritto/Diritto comunitario e internazionale*, n. 6, 2007, p. 8 ss. afferma che (p. 9) «dopo tanto parlare di metodo democratico e trasparente, di partecipazione di tutte le categorie alla nascita di una nuova Europa, ecco un dictat di una élite minima che, nella più rigida tradizione direttoriale, impone un testo di revisione dei trattati esistenti, fin nei minimi dettagli, ed espressamente [il Consiglio europeo] ammonisce a non cambiare anche una virgola».

¹² In argomento J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, cit. *supra*, nota 6, in *specie* p. 122 ss.

¹³ Parla di «Trattato assolutamente incomprensibile» F. CAPELLI, *Recensione*, in questa *Rivista*, 2007, p. 859-860.

¹⁴ Così F. CAPELLI, *Recensione*, loc. cit., p. 860.

¹⁵ F. CAPELLI, *Recensione*, loc. ult. cit.

Il Trattato sull'Unione europea (TUE) mantiene la stessa denominazione, sebbene sostanzialmente riscritto e/o emendato; il Trattato istitutivo della Comunità europea è invece rinominato «Trattato sul funzionamento dell'Unione europea» (TFUE) e presenta, a sua volta, molte novità.

Una costante emerge da entrambi i Trattati: il richiamo, ripetuto come monito, al rispetto da parte dell'Unione delle competenze di attribuzione. Così, espressioni del tipo: «qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri», «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», «ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai trattati secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste», e così via, sono sistematicamente ripetute come se dovessero risultare scolpite nei Trattati, così da sottolineare la volontà dei Governi degli Stati membri di ricordare alle istituzioni dell'Unione di attenersi strettamente al rispetto del principio delle competenze di attribuzione (cfr. in particolare l'art. 5¹⁶, ma anche gli artt. 1, comma 1; 3 n. 6, 4, n. 1 TUE)¹⁷.

Le predette modifiche, disposte nei Trattati con la segnalata eccessiva retorica, potranno eventualmente spiegare effetti esclusivamente *pro futuro* non comportando, *ipso facto*, una riduzione dell'*acquis* comunitario, vale a dire delle competenze già acquisite ed esercitate dall'Unione¹⁸.

Non sembra incidere negativamente sul patrimonio comune acquisito e consolidato in (più di) cinquant'anni di integrazione europea – che peraltro concretizza quella «solidarietà di fatto da far maturare e tradurre in progressivi aggiustamenti»¹⁹ – neanche il novellato art. 48 TUE che, *prima facie*, sembrerebbe favorire una interpretazione in senso opposto²⁰.

¹⁶ Che codifica le delimitazioni delle competenze dell'Unione nonché i principi collegati di sussidiarietà e proporzionalità. D'ora in avanti gli articoli del TUE e del TFUE saranno enumerati tenendo conto della versione consolidata.

¹⁷ La CIG ha ulteriormente specificato il rispetto del principio di attribuzione nella Dichiarazione n. 18, nella quale si precisa dettagliatamente l'esercizio della competenza concorrente richiamando, peraltro, l'art. 208 TFUE (corrispondente al 208 CE) che dispone che il Consiglio può chiedere alla Commissione di svolgere studi e di sottoporre proposte in determinate materie. Gli articoli citati nel testo dei Trattati TUE e TFUE fanno riferimento alla versione futura consolidata così come prevista dalla «Tabella di corrispondenza» allegata al Trattato di Lisbona.

¹⁸ In argomento J. DUTHEIL DE LA ROCHERE - F. CHALTIEL, *Le traité de Lisbonne: quel contenu?*, *RMCE*, 2007, p. 617. Si tenga conto che il Trattato di Roma del 1957 non contemplava la parola «competenza», bensì azione, scopi, obiettivi della Comunità, introdotta successivamente nei Trattati dalle successive riforme (a partire dall'AUE); ciò conferma una terminologia che è propria delle Costituzioni federali (J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, cit. *supra*, nota 6, p. 79-80).

¹⁹ G. TESAURO, *Un testo di revisione stilato a tempo di record*, cit. *supra*, nota 11, p. 8.

²⁰ Secondo la procedura di revisione ordinaria (art. 48, n. 2, TUE) «Il governo di qualsiasi Stato membro, il Parlamento europeo o la Commissione possono sottoporre al Consiglio progetti intesi a modificare i trattati. Tali progetti possono, tra l'altro, essere intesi ad accrescere o a ridurre le competenze attribuite all'Unione nei trattati». Corsivo aggiunto. Esprime timori in questo senso U. VILLANI, *La riforma di Lisbona*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, p. 3; *ivi* gli atti del tempestivo Convegno organizzato dall'Università di Roma Tre il 19 novembre 2007 con le relazioni degli au-

Restano ferme, altresì, le competenze della Comunità europea dell'energia atomica (Euratom), ultimo Trattato (Comunità) di Roma, che rimane in vigore con il suo nome originario.

Pertanto, unitamente all'Euratom, due nuovi Trattati governeranno l'integrazione europea nei prossimi anni, sempre che siano ratificati in tempo da tutti gli Stati per entrare in vigore entro il 1° gennaio 2009, ovvero il primo giorno del mese successivo all'avvenuto deposito dello strumento di ratifica da parte dello Stato firmatario che procede per ultimo a tale formalità (art. 6 Trattato di Lisbona)²¹.

L'esercizio del potere di revisione esercitato dagli Stati membri, così come appena segnalato, è in palese discordanza con quanto aveva stabilito il Consiglio europeo di Laeken del 15 dicembre 2001²².

Nella Dichiarazione di Laeken si esprimeva la volontà politica di adottare in futuro un nuovo metodo di revisione dei Trattati, più democratico e trasparente, per fare fronte alla «sfida democratica dell'Europa», abbandonando quindi il metodo tradizionale dei comitati intergovernativi e costituzionalizzando il metodo della «Convenzione», che è stato seguito, com'è noto, per la prima volta in occasione della redazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²³.

Dopo un percorso diplomatico singolare, come vedremo, il procedimento di revisione adottato in questa occasione dai Governi degli Stati membri, rappresenta l'applicazione dell'art. 48 TUE attualmente in vigore (senza quindi la convocazione di una Convenzione)²⁴.

Prescindendo dai limiti democratici della procedura di revisione²⁵, ciò che lascia perplessi, come vedremo, è il fatto che si sia giunti alla CIG seguendo una pratica insolita e invero non del tutto convincente.

Gli Stati, sempre più *Herren der Verträge*, mantengono rigorosamente il potere costituzionale di revisione dei Trattati e non sembrano volerlo condividere, almeno allo stato attuale, con le istituzioni dell'Unione europea.

torevoli specialisti intervenuti (cfr. *infra* gli Autori citati).

²¹ Ferma restando la generale previsione che laddove al termine della scadenza prevista per le ratifiche ovvero dopo un congruo termine a decorrere dalla ratifica dell'ultimo Stato membro in ordine di tempo, la questione è deferita al Consiglio europeo.

²² In argomento v. le considerazioni critiche di G. STROZZI, *Prime considerazioni sul Trattato di Lisbona*, cui *adde* L. DANIELE, *L'architettura dei nuovi Trattati e i loro rapporti reciproci*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, p. 4 e 7.

²³ Su cui A. TIZZANO, *Una Costituzione per l'Europa*, cit. *supra*, nota 2, p. 5-7.

²⁴ Per una ricostruzione dei fatti cfr. B. NASCIMBENE - A. LANG, *Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea a una svolta?*, in *Corr. giur.*, 2008, 1, p. 137 ss.; M. C. BARUFFI, *Rafforzato il principio di sussidiarietà: protagonisti i parlamenti nazionali*, in *Guida al Diritto/Diritto comunitario e internazionale*, n. 6, 2007, p. 15 ss.

²⁵ Sulla necessità di una procedura di revisione dei trattati più democratica e comunitaria rispetto a quella diplomatica, mi sia consentito il rinvio a M. FRAGOLA, *Deficit democratico e procedure di revisione dei trattati nel processo di integrazione europea*, in questa *Rivista*, 2007, p. 629 ss.

2. Considerazioni preliminari sul metodo adottato per la stesura del testo. Il ruolo della Presidenza tedesca e la Dichiarazione di Berlino

L'*iter* seguito è piuttosto insolito. La procedura ha origine grazie ad una serie di iniziative della Presidenza tedesca. L'avvio ha inizio in occasione delle celebrazioni per i cinquanta anni della firma dei Trattati di Roma il 25 marzo 2007, in concomitanza con un vertice informale dei Capi di Stato o di Governo dell'Unione, convocato dalla Presidenza tedesca, durante il quale viene presentata la c.d. «Dichiarazione di Berlino»²⁶.

La Dichiarazione, indirizzata a tutti gli Stati membri e alle istituzioni dell'Unione europea, è stata successivamente firmata dai Presidenti del Consiglio Ue, della Commissione e del Parlamento europeo.

Siffatta dichiarazione (ri)afferma i valori fondanti dell'Unione e ripropone le nuove sfide che l'Unione deve affrontare sul piano interno ed internazionale.

La Dichiarazione di Berlino rappresenta, pertanto, il *turning point* dopo la crisi, e avvia la fase di rilancio della riforma istituzionale dell'Unione ponendo le basi per il nuovo Trattato di riforma.

Nel mese di aprile 2007, sempre su iniziativa della Presidenza tedesca, in modo inconsueto, ma efficace, è stato inviato un questionario agli Stati membri, al fine di orientare le future discussioni tenendo conto delle singole posizioni dei Governi degli Stati membri²⁷. Ciò ha costituito la base delle successive negoziazioni.

Dopo questa fase di consultazioni intergovernative (talune svoltesi «a distanza», in qualche caso si è trattato anche di vere e proprie consultazioni bilaterali, nel rispetto delle posizioni delle diverse delegazioni), la Presidenza tedesca ha quindi raccomandato al Consiglio europeo di conferire al Consiglio il compito di convocare al più presto una CIG sulla base del metodo tradizionale di revisione dei Trattati istitutivi.

Si è trattato di un metodo poco trasparente e distante dai cittadini²⁸, pur se

²⁶ Consultabile in http://www.eu2007.de/de/News/download_docs/Maerz/0324-RAA/Italian.pdf.

²⁷ La Presidenza tedesca ha invitato i Governi degli Stati membri ad esprimere la loro opinione sui seguenti temi: su un ritorno al "metodo classico" che consiste nel modificare i Trattati esistenti, ma non di abolirli, laddove il progetto di Costituzione proponeva di abrogare i Trattati esistenti per sostituirli con un testo unico; sull'opportunità di attribuire una diversa denominazione alla Costituzione, agli atti legislativi ed al Ministro degli Affari esteri, senza peraltro produrre alcun cambiamento di fondo; sull'opportunità di sostituire il testo della Carta dei diritti fondamentali con un semplice riferimento a questo documento, dotato dello stesso valore giuridico; sull'esistenza di fondate ragioni per considerare le disposizioni istituzionali già approvate dal Trattato costituzionale come un insieme equilibrato che non richiede di essere sottoposto ad un ulteriore negoziato; sull'introduzione di nuovi articoli riguardanti materie di particolare interesse per l'Unione, quali, ad esempio, il cambiamento climatico o la lotta contro l'immigrazione illegale; sulla rispettiva posizione in merito alla dimensione sociale dell'Unione.

²⁸ Un metodo che può essere giustificato dall'esigenza di uscire presto dall'*impasse*, ma che non può essere un modello per il futuro, pena la credibilità di un sistema che da sempre è stato fondato su valori ampiamente condivisi (...), afferma G. TESAURO, *Un testo di revisione stilato a tempo di record*, cit. *supra*, nota 11, p. 10.

vicino alle classiche conferenze diplomatiche, nelle quali il principio di collegialità è in ogni caso rispettato, come pure il principio della rappresentanza indiretta²⁹.

Va pure rilevato che il Consiglio europeo ha «blindato» il mandato alla CIG (passando attraverso il Consiglio) lasciando poco margine di manovra alla Conferenza³⁰.

In questo contesto, l'accordo finale è stato raggiunto al prezzo di una serie di inevitabili compromessi, regimi differenziati, clausole diffuse di *opting out* e misure transitorie: come esempio emblematico si può segnalare la definizione del sistema di voto (ponderato) a doppia maggioranza di cui agli artt. 16, n. 4, TUE e 238 TFUE, in base ai quali, a decorrere dal 1° novembre 2014, una decisione del Consiglio è validamente assunta se approvata dal 55% dei membri del Consiglio, con un minimo di 15, che rappresentano il 65% della popolazione dell'Unione. La minoranza di blocco deve comprendere almeno quattro membri del Consiglio (art. 16, n. 4, TUE).

L'entrata in vigore di tale sistema di doppia maggioranza è quindi posticipata alla data dal 1° novembre 2014 (art. 238, n. 2, TFUE), a seguito dell'opposizione della Polonia³¹. Ma non è tutto.

In base alla Dichiarazione n. 7³², il nuovo sistema, grazie ad ulteriori deroghe ed alchimie demografiche, potrà essere applicato in modo diverso in due distinti periodi transitori (è questo un lungo periodo transitorio precario) tra il 2014 e il 2017, sempre a seguito dell'opposizione della Polonia.

Viene in rilievo il noto c.d. «compromesso di Ioannina»³³: *a.* tra il 1° no-

²⁹ Per la verità, oltre ai pareri del Parlamento europeo e della Commissione, hanno presentato osservazioni altri organi e organismi dell'Unione. Si pensi al contributo della Conferenza degli organi specializzati negli affari comunitari ed europei dei Parlamenti dell'UE (COSAC) e del Comitato economico e sociale.

³⁰ Documento del Segretariato del Consiglio del 26 giugno 2007, 11218/07, POLGEN 74, consultabile in <http://www.consilium.europa.eu>.

³¹ Data fino alla quale continuerà ad applicarsi l'attuale sistema di maggioranza qualificata, ai sensi dell'art. 205, par. 2 TCE. Cfr. la Dichiarazione n. 7 allegata al Trattato di Lisbona con la relativa bozza di decisione del Consiglio che attua la dichiarazione. Cfr. sul punto anche il protocollo n. 10.

³² Che presenta un vincolante progetto di decisione che il Consiglio adotterà all'entrata in vigore del Trattato, relativa all'attuazione dell'art. 9C, n. 4, TUE (art. 16 TUE versione consolidata definitiva) e dell'art. 295, n. 2, TFUE (art. 238, n. 2, TFUE versione consolidata definitiva).

³³ Il compromesso di Ioannina prende il nome da una riunione informale dei ministri degli Affari esteri svoltasi a Ioannina, in Grecia, il 29 marzo 1994, riunione in occasione della quale venne tra l'altro adottata una decisione del Consiglio sulla specifica questione del voto a maggioranza qualificata in un'Unione allargata a 16 membri. La decisione venne in seguito modificata per tener conto della mancata adesione della Norvegia. Il compromesso raggiunto prevedeva che qualora i membri del Consiglio che rappresentassero tra i 23 voti (precedente soglia della minoranza di blocco) ed i 26 voti (nuova soglia della minoranza di blocco) manifestassero la loro intenzione di opporsi all'adozione da parte del Consiglio di una decisione a maggioranza qualificata, il Consiglio avrebbe fatto tutto quanto in suo potere per pervenire, entro un congruo termine, ad una soluzione soddisfacente che potesse essere adottata con almeno 68 voti su 87. Il Trattato di Nizza, introducendo una nuova ponderazione dei voti in seno al Consiglio dei Ministri, ha in pratica disatteso il compromesso di Ioannina.

vembre 2014 e il 31 marzo 2017 se un numero di membri del Consiglio che rappresenta almeno i $\frac{3}{4}$ della popolazione o almeno i $\frac{3}{4}$ del numero degli Stati membri necessari per costituire una minoranza di blocco manifesta l'intenzione di opporsi alla decisione del Consiglio a maggioranza qualificata, il Consiglio, previa assistenza della Commissione, e grazie al ruolo propositivo del suo Presidente *pro tempore*, porrà in essere tutte le misure necessarie affinché si possa pervenire entro un termine ragionevole ad un più ampio consenso tenendo in debito conto le preoccupazioni degli Stati dissenzienti; *b.* a decorrere dal 1° aprile 2017 se un numero di membri del Consiglio che rappresenta almeno il 55% della popolazione o almeno il 55% del numero degli Stati membri necessari per bloccare una decisione, trasmettono la propria opposizione all'adozione di un atto da parte del Consiglio a maggioranza qualificata, il Consiglio, anche in questo caso con l'assistenza della Commissione, e grazie al ruolo del suo Presidente *pro tempore*, porrà in essere tutte le misure necessarie affinché si possa pervenire entro un termine ragionevole ad un più ampio consenso.

Un sistema contorto, che evidenzia i timori e le perplessità di taluni Stati membri nei confronti delle decisioni del Consiglio a maggioranza qualificata.

Ma non solo. Sembra, infatti, che talune deroghe, eccezioni, clausole di esenzione, che in passato furono considerate eccezionali (in particolare: *Schengen*, *euro*) diventeranno con il Trattato di Lisbona la regola da adottare nell'Unione a 27 e più Stati³⁴.

Inizia così una nuova fase dell'integrazione europea.

Nella definizione del nuovo TUE e del TFUE, come ovvia conclusione della eliminazione della Comunità europea che per più di 50 anni è stata il simbolo dell'integrazione europea, tutti gli aggettivi e locuzioni come «comunitario», «Comunità» ecc. sono cancellati dai Trattati per fare posto all'Unione europea come unica entità titolare di personalità giuridica esclusiva (art. 47 TUE)³⁵.

3. Alcune riflessioni sulla struttura redazionale e sul valore dei Trattati. La struttura «binaria» TUE-TFUE con l'aggiunta della Carta dei diritti fondamentali

Il Trattato di Lisbona consta di 7 articoli. Il primo registra le modifiche al Trattato sull'Unione europea; il secondo le modificazioni al Trattato istitutivo della Comunità europea; gli articoli da 3 a 7 fanno parte delle «Disposizioni finali». In particolare, l'art. 3 riguarda la durata illimitata del Trattato; l'art. 4

³⁴ Sull'argomento L. S. ROSSI, *L'integrazione differenziata nel Trattato di Lisbona*, in *Sud in Europa*, cit. *supra*, nota 19, p. 14 ss., che parla di «modalità sempre meno straordinaria nel processo di integrazione europea».

³⁵ Per alcune riflessioni fatte precedentemente mi sia consentito rinviare a M. FRAGOLA, «Governance» dell'Unione europea, sovranazionalità e modelli applicabili: un tentativo di riordino alla luce della Costituzione dell'Unione europea, in questa *Rivista*, 2006, p. 427 ss.

contiene la disposizione relativa ai protocolli allegati al TUE, al TFUE e al protocollo specifico del Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica; l'art. 5 contiene la nuova numerazione indicata nelle tabelle di corrispondenza contenute nell'allegato dello stesso Trattato che ne costituisce parte integrante; l'art. 6 riguarda il deposito delle ratifiche presso il Governo della Repubblica italiana; l'art. 7 riguarda le versioni linguistiche facenti fede³⁶.

Vediamo ora la nuova struttura «binaria» TUE-TFUE ed il valore giuridico dei Trattati che la compongono.

Ai sensi dell'art. 1, terzo comma, TUE, la nuova Unione europea si fonda sul TUE e sul TFUE. I due Trattati hanno lo stesso valore giuridico. L'Unione europea sostituisce e subentra alla Comunità europea³⁷.

Questa scelta appare come la dimostrazione più evidente dell'abbandono di un unico testo (Costituzione), per preferire un'architettura binaria su due Trattati che modificano i precedenti.

L'impianto a più trattati, com'è noto, è stato in precedenza seguito nel processo di integrazione europea che, già prima del Trattato di Maastricht, è basato su tre Trattati autonomi e distinti (CECA, CEE, Euratom)³⁸, ancorché spiccatamente settoriali.

L'organizzazione binaria che scaturisce dal Trattato di Lisbona è tuttavia comparabile, con le dovute eccezioni, alla struttura prevista a Maastricht nel 1992, dai Trattati TUE e TCE (l'Euratom era e rimane un Trattato separato), ovviamente con la formale scomparsa della suddivisione in tre pilastri³⁹.

Al fine di valutare un'eventuale gerarchia tra i due Trattati, o comunque una sorta di rapporto strumentale, occorre approfondire il contenuto dell'art. 1 TUE, soprattutto con riguardo alla locuzione «i due trattati hanno lo stesso valore giuridico».

Rispetto al TCE, il TFUE mostra, ad una prima analisi, differenze più significative.

In primo luogo il TFUE appare privo di una sua autonomia rispetto al TUE, evidenziando un intreccio di norme e principi presenti in entrambi i Trattati⁴⁰.

³⁶ Vale a dire in lingua bulgara, ceca, danese, estone, finlandese, francese, greca, inglese, irlandese, italiana, lettone, lituana, maltese, olandese, polacca, portoghese, rumena, slovacca, slovena, spagnola, svedese, tedesca e ungherese, ciascuna di queste lingue facente ugualmente fede.

³⁷ «succede» nella formulazione dell'art. 1 TUE ultima frase; «succède» nella versione francese; «succeed» nella versione inglese; con una unica personalità giuridica dell'Unione.

³⁸ I tre trattati CECA, CE ed Euratom erano autonomi, nonostante il Trattato di fusione degli esecutivi del 1965, con la propria personalità giuridica interna ed esterna, ancorché, sul piano interpretativo, la Corte di giustizia ha affermato di interpretare ciascun Trattato alla luce degli altri due (sentenza 22 febbraio 1990 in causa n. C-221/88, *Busseni*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 495 ss.).

³⁹ Formale perché, come vedremo, la sostanza di talune politiche, in particolare la PESC, è rimasta.

⁴⁰ Sul punto le considerazioni di L. DANIELE, *L'architettura dei nuovi Trattati e i loro rapporti reciproci*, cit. *supra*, nota 22, p. 7, dove l'Autore parla con riguardo al TFUE di «trattato servente di rango inferiore». Dello stesso Autore, *Trattato di Lisbona: addio all'idea federalista per superare gli ostacoli degli euroscettici*, cit. *supra* nota 11, p. 11, che giudica il TFUE «contenitore di tutte quelle disposizioni che sono giudicate di livello meno importante rispetto a quelle riservate al TUE».

Non risulta una ben definita distinzione tra norme di base (TUE) e norme di dettaglio (TFUE), ancorché il sistema dei Trattati delineato a Lisbona sembrerebbe orientato in questo senso.

Anche considerando questa ripartizione, occorre tuttavia ribadire che il TFUE non appare titolare di una funzione autonoma rispetto al TUE, bensì di una funzione accessoria, relativa al funzionamento del TUE, che assume la funzione di Trattato fondamentale.

A tal riguardo giova pure ricordare che il TFUE non ha una sua personalità giuridica distinta, bensì si avvale della personalità giuridica dell'Unione.

Non è riscontrabile nei nuovi Trattati neppure una norma dello stesso tenore dell'attuale art. 305 TCE, che ha rappresentato nel Trattato CE (e prima ancora nel Trattato CEE), la formalizzazione confermativa del principio *lex specialis derogat generali* e, al tempo stesso, com'è noto, l'eccezione al principio *lex posterior derogat priori*⁴¹.

Siffatto articolo raffigura il TCE come *lex generalis* e gli altri Trattati CECA ed Euratom come *leges speciales*; con la conseguenza di un rapporto tra i Trattati che, lungi dall'essere gerarchico, si configura come insieme di norme speciali destinate a riempire eventuali vuoti normativi degli altri Trattati⁴².

C'è da chiedersi inoltre, se il TFUE possa «funzionare» autonomamente ovvero in difformità del TUE. La risposta è negativa.

Non sembra che il TFUE sia titolare di un potere autonomo e di una capacità di autoregolarsi senza i valori, i principi, gli strumenti del TUE: si tratta di un trattato che potremmo definire «accessorio».

Le norme contenute nel TFUE devono essere interpretate alla luce ed in conformità del TUE sebbene, dal punto di vista giuridico, i due Trattati hanno lo stesso valore di norme primarie.

Una novità positiva riguarda la collocazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema dei Trattati così come definito a Lisbona⁴³.

Non occorre riprendere in questa sede l'ampio dibattito dottrinale sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in avanti «Carta Ue») con riferimento alla mancanza di esplicito valore giuridico ed ai richiami di alcune corti di assegnare ad essa portata e dignità giuridiche⁴⁴.

⁴¹ R. MASTROIANNI, *Art. 305*, in A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Cedam, 2004, p. 305 ss.; I. PALANDRI, *Art. 305*, in F. POCAR, *Commentario Breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 1015.

⁴² L. DANIELE, *L'architettura dei nuovi Trattati e i loro rapporti reciproci*, cit. supra, nota 22, p. 7.

⁴³ Sulla Carta com'è comprensibile c'è stata una copiosa produzione dottrinale. Mi limito a segnalare L. FERRARI BRAVO - F. M. DI MAJO e A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2001 e le riflessioni degli Autori contenuti in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2002.

⁴⁴ Cfr. L. S. ROSSI, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, cit. supra, nota 43; J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 19-24; 71 ss.;

Sebbene la Costituzione europea avesse recepito nel Titolo II l'intera Carta di Nizza con l'assiomatico valore che ne derivava, a seguito delle reticenze britanniche e polacche, il Trattato di riforma, pur non inserendo espressamente la Carta nei Trattati, raggiunge parimenti lo stesso risultato grazie ad uno specifico protocollo (il n. 7)⁴⁵.

Posto che tra i due Trattati (TUE e TFUE) non vi è alcuna gerarchia per quanto riguarda le norme di uguale valore giuridico in essi contenute, la collocazione della Carta «al di fuori» degli stessi è da valutare positivamente giacché non limita la sua applicazione all'uno o all'altro bensì all'intero sistema dei Trattati.

Un *tertium genus*, quindi, che in quanto oggettivazione di norme primarie (art. 6 TUE; protocollo n. 7)⁴⁶, al pari dei Trattati TUE e TFUE, ma al di fuori di essi, si configura come testo normativo comune ai due Trattati, nella esplicazione dei valori democratici dell'Unione e come griglia interpretativa dell'azione dell'Unione e degli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione (art. 51 Carta).

Qual è allora il valore della Carta in quanto norma primaria? Quale la sua posizione nei confronti degli altri trattati?

Il nuovo testo dell'art. 6, n. 1, TUE sancisce che «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, [ri]adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, *che ha lo stesso valore giuridico dei trattati*»⁴⁷.

Se si considera che la Carta ha un suo preambolo, distinto dai preamboli del TUE e del TFUE, che nel Titolo VII «Disposizioni generali che disciplinano l'interpretazione e l'applicazione della carta» vi sono norme autonome di interpretazione e di attuazione rispetto al TUE e al TFUE⁴⁸, se ne deduce che la Carta non soltanto ha lo stesso valore dei Trattati ma è essa stessa un Trattato⁴⁹.

Questa affermazione si fonda sulla volontà politica degli Stati membri di

ID., *Il nuovo Trattato europeo*, cit. supra, nota 6, p. 49-54, 104, 135 ss.; M. C. BARUFFI, *I diritti fondamentali nel Trattato di riforma*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, p. 26 ss.

⁴⁵ Numerazione del protocollo da me aggiunta. Protocollo che ha lo stesso valore giuridico del Trattato (o dei trattati) cui è accluso. Come sancisce la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati ai sensi dell'art. 2: «Ai fini della presente Convenzione: a. l'espressione "trattato" significa un accordo internazionale concluso in forma scritta fra Stati e disciplinato dal diritto internazionale, contenuto sia in un unico strumento sia in due o più strumenti connessi, e quale che sia la sua particolare denominazione».

⁴⁶ Carta richiamata anche in altre norme come il protocollo sull'asilo per i cittadini dell'Unione europea.

⁴⁷ Corsivo aggiunto.

⁴⁸ Si pensi alle «spiegazioni» aggiuntive del *praesidium* della Convenzione, consultabili in *Gu-Ue* n. C 303 del 14 dicembre 2007, in linea con la previsione dell'art. 32 della Convenzione sul diritto dei trattati che prevede «mezzi complementari di interpretazione».

⁴⁹ Così aderendo alla tesi di autorevole dottrina G. TESAURO, *Un testo di revisione stilato a tempo di record*, cit. supra, nota 11, p. 10; G. STROZZI, *Prime considerazioni sul Trattato di Lisbona*, cit. supra, nota 19, p. 4-5; J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, cit. supra, nota 6, p. 135.

assegnare valore giuridico ad un testo ad essi non nuovo⁵⁰ e, soprattutto, già approvato⁵¹.

Quale che sia la prospettiva prescelta, si tratta in ogni caso della classica modalità di formazione ed espressione del consenso, di cui all'art. 11 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati⁵², che consente l'adozione del trattato da parte di ciascuno Stato e quindi il conseguente impegno giuridico ad essere vincolati⁵³.

Se si accoglie questa tesi, al fine di superare talune remore, occorre richiamare ulteriormente la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, secondo la quale l'espressione «trattato» indica un accordo internazionale concluso in forma scritta fra Stati contenuto *sia in un unico strumento sia in due o più strumenti connessi, quale che sia la sua particolare denominazione* [art. 2, lett. a.]⁵⁴.

Che si definisca «trattato», «atto unico», «carta»⁵⁵, ci si trova quindi, in ogni caso in presenza di un accordo tra Stati, negoziato, firmato e soggetto alle ratifiche nazionali nel rispetto delle regole del diritto internazionale.

⁵⁰ Ma come si diceva in precedenza, anche nei confronti delle modifiche dei testi del TUE e del TCE la CIG si è attenuta sostanzialmente al testo «blindato» del Consiglio europeo; sicché non fa scalpore il «riconoscimento» giuridico della Carta da parte della CIG, conferenza diplomatica che altro non è se non il *forum* intergovernativo dove si perfeziona la volontà degli Stati di stabilire regole comuni ovvero di conferire valore di trattato ad un testo che in precedenza non lo aveva. In ordine ai tentativi di assegnare alla Carta valore giuridico ancora le considerazioni dell'Avvocato Generale Tizzano nella causa n. C-173/99, *BECTU*, punto 28: «Certo, al pari di alcuni degli atti precedentemente citati, anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non si è vista riconoscere autentica portata normativa, è rimasta cioè priva, dal punto di vista formale, di autonomo valore vincolante. Tuttavia, anche a non voler entrare qui nell'ampio dibattito già in corso circa gli effetti che, in altre forme e per altre vie, la Carta potrebbe comunque produrre, resta il fatto che essa racchiude enunciazioni che appaiono in gran parte come ricognitive di diritti già altrove sanciti» (punto 27); «Credo quindi che in un giudizio che verte sulla natura e sulla portata di un diritto fondamentale non si possano ignorare le pertinenti enunciazioni della Carta, né soprattutto se ne possa ignorare l'evidente vocazione a fungere, quando le sue disposizioni lo consentono, da sostanziale parametro di riferimento per tutti gli attori – Stati membri, istituzioni, persone fisiche e giuridiche – della scena comunitaria. In questo senso, quindi, ritengo che la Carta ci fornisca la più qualificata e definitiva conferma della natura di diritto fondamentale che riveste il diritto a ferie annuali retribuite». La relativa sentenza è del 26 giugno 2001, in *Raccolta*, 2001, I, p.4881 ss.

⁵¹ Emblematiche appaiono sul punto le considerazioni dell'Avvocato Generale Tizzano nella già citata causa n. C-173/99, *loc. cit.*: «Ancor più significativo, peraltro, mi pare il fatto che detto diritto (il diritto alle ferie annuali retribuite) trovi oggi una solenne conferma nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata il 7 dicembre 2000 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione *dopo essere stata approvata dai Capi di Stato e di governo degli Stati membri, spesso su espresso e specifico mandato dei Parlamenti nazionali*» (punto 26 conclusioni); corsivo aggiunto.

⁵² Sulla Convenzione lo studio di F. CAPOTORTI, *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, Padova, Cedam, 1969, p. 62.

⁵³ Il consenso di un Stato ad essere vincolato da un trattato può essere espresso per mezzo della firma, dello scambio degli strumenti costituenti un trattato, della ratifica, dell'accettazione, dell'approvazione o dell'adesione, o di qualsiasi altro mezzo convenuto (art. 11 Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati).

⁵⁴ Corsivo aggiunto.

⁵⁵ J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, cit. *supra*, nota 6, p. 135, per sostenere la tesi della Carta come trattato richiama la Carta delle Nazioni unite.

Giova inoltre ricordare che la Carta, il cui testo è nato dal ricorso, per la prima volta, ad una Convenzione⁵⁶, è stata «proclamata» a Nizza il 7 dicembre 2000 dalle istituzioni dell'Unione europea e adottata nuovamente il 14 dicembre 2007 a Strasburgo, in occasione della redazione del Trattato di Lisbona, non soltanto dalle istituzioni ma anche dagli Stati membri come si evince dalla nuova formulazione del più volte richiamato art. 6, n. 1, TUE.

Gli Stati membri, pertanto, durante la generale fase di negoziazione dell'intero Trattato di Lisbona, hanno deciso di attribuire quel valore giuridico alla Carta che in precedenza avevano negato⁵⁷, relegando, secondo taluni, la Carta nell'ambito del c.d. *soft law*⁵⁸, anche se, nella sostanza, la Carta Ue era ed è sostanzialmente riproductiva della giurisprudenza della Corte di giustizia⁵⁹.

L'affermazione fatta dagli Stati che la Carta è stata (ri)adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, e che ha lo stesso valore giuridico dei trattati, mostra un evidente *favor* nei confronti della positivizzazione della Carta e della sua collocazione tra le norme primarie dei trattati⁶⁰.

Il sistema dei Trattati, pertanto, si fonda sulla struttura binaria di TUE e TFUE sopra citata, più la Carta dei diritti fondamentali in quanto strumento giuridico «trasversale» rispetto ai due Trattati.

Da ciò si ricava che laddove occorra emendare la Carta, occorrerà necessariamente utilizzare la procedura di revisione ordinaria dei Trattati secondo la nuova formulazione dell'art. 48 TUE, con la convocazione da parte del Consiglio europeo di una Convenzione. Non appare applicabile alla revisione della Carta il comma 2 del par. 3, che assegna la facoltà al Consiglio europeo di non convocare la Convenzione «qualora l'entità delle modifiche non lo giustifichi».

Ricordo pure che nel novellato art. 6, n. 2, TUE, si ripropone l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), e, anche in questa occasione, si ribadisce che «tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati»⁶¹.

⁵⁶ Com'è noto il progetto di Carta è stato elaborato da un'apposita Convenzione presieduta da Roman Herzog già presidente della Repubblica federale tedesca e composta di 62 membri.

⁵⁷ In argomento cfr. le riflessioni di B. CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, cit. supra, nota 43, p. 3-4.

⁵⁸ Nonostante i tentativi di taluni giudici (anche nazionali) di richiamare la Carta come rafforzativo delle loro argomentazioni. In ambito comunitario gli avvocati generali hanno tentato di aprire un varco: tra gli altri, Avvocato Generale Tizzano, conclusioni dell'8 febbraio 2001 in causa n. C-173/99, *BECTU*, cit. supra, nota 49.

⁵⁹ Sul cammino comunitario dell'affermazione e protezione dei diritti dell'uomo mi sia consentito rinviare a M. FRAGOLA, *Sovranità diffuse e diritti umani nella prospettiva comunitaria*, cit. supra, nota 7.

⁶⁰ Stante le clausole di esenzione a favore di Regno Unito e Polonia ai sensi del Protocollo n. 7 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito (su cui C. GABRIELLI, *La partecipazione del Regno Unito allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, p. 33 ss.

⁶¹ In argomento L. S. ROSSI, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*,

4. L'integrazione differenziata «multi-velocità» e «multilivello»: il nuovo paradigma dell'integrazione europea

Come già rilevato, la struttura del Trattato di Lisbona, anche al vaglio dei cultori della materia, appare di grande complessità. È costituita da 7 articoli, 13 Protocolli, 65 Dichiarazioni, un Allegato con la «Tabella di corrispondenza» della nuova numerazione, un Atto finale della Conferenza dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri.

Vale la pena soffermarsi, sempre nell'ottica della «decostituzionalizzazione», su alcuni aspetti peculiari del Trattato di Lisbona che sono sembrati più di altri meritevoli di riflessione.

Occorre richiamare l'attenzione sulla scelta politica di differenziare la partecipazione degli Stati membri a talune politiche comuni, determinazione che sottolinea un'integrazione variata o «multilivello», attese le possibili difficoltà che si dovessero presentare in futuro in una Unione oggi a 27 Stati e, in prospettiva futura, presumibilmente, ancora più numerosa⁶².

Stante la loro natura discrezionale, i diffusi modelli di integrazione differenziata che si riscontrano nei Trattati TUE e TFUE, rappresentano una scelta cautelativa da parte degli Stati membri, i quali, pur di non incorrere in una *impasse* in una materia ritenuta rilevante per il processo di integrazione, hanno considerato questa soluzione l'unico rimedio perseguibile contro le eventuali difficoltà che il sistema decisionale dell'Unione potrebbe evidenziare in un ente sovranazionale sempre più eterogeneo e variegato.

Non è tuttavia verificabile *a priori* che l'integrazione «settoriale» tra Stati più pronti (o più volenterosi) di altri, debba essere necessariamente impiegata, attesa la sua natura discrezionale, né debba essere considerata l'unica soluzione possibile alle eventuali difficoltà che il sistema decisionale dell'Unione è in grado di evidenziare in un ente sovranazionale sempre più eterogeneo e variegato.

Siffatta eterogeneità dell'Unione, tuttavia, va considerata, dal punto di vista culturale, etnico, religioso, giuridico, un valore assoluto, da preservare ed accrescere, anche a costo di rendere (un po') più complesso l'*iter* legislativo-decisionale⁶³. Per ovviare a questo tipo di difficoltà, necessaria sarebbe l'estensione del voto a maggioranza *a tutte* le discipline previste dai Trattati e, in questa prospettiva, il Trattato di riforma è, a dir poco, deficitario⁶⁴.

cit. supra, nota 43; J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, *cit. supra*, nota 44, p. 19-24, 71 ss.; ID., *Il nuovo Trattato europeo*, *cit. supra*, nota 6, pp. 49-54, 104, 135 ss.; M. C. BARUFFI, *I diritti fondamentali nel Trattato di riforma*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, p. 26 ss.

⁶² Per un primo commento «a caldo» cfr. L. S. ROSSI, *L'integrazione differenziata nel Trattato di Lisbona*, in *Sud in Europa*, *cit. supra*, nota 19.

⁶³ Non appare dello stesso parere P. PONZANO, *Le traité de Lisbonne: l'Europe sort de sa crise institutionnelle*, *RDUE*, 2007, p. 583.

⁶⁴ Ancorché il nuovo art. 16 TUE disponga solennemente, al par. 3, che «Il Consiglio delibera a maggioranza qualificata, salvo i casi in cui i trattati dispongano diversamente». L'unanimità è

Stando così le cose, la scelta è quindi ricaduta necessariamente su modelli di integrazione multivariata.

Si tratta della c.d. integrazione «à la carte», «a più velocità», «a cerchi concentrici» *aut similia* che, invero, non appare una novità assoluta, trovando già nei Trattati attuali esempi emblematici di deroghe, eccezioni, clausole di «opting out» ed altre di «opting in» (ad esempio clausola sociale, politica estera e di sicurezza comune, unione monetaria, Schengen, ecc.). L'unica differenza sta nel fatto che sino ad oggi questi strumenti alternativi, sono sempre stati considerati come *extrema ratio*, come eccezione e non come regola.

I 13 Protocolli allegati, nonché le 65 Dichiarazioni indicano un'esigenza degli Stati membri di sottolineare la loro posizione nei confronti di talune politiche, decisioni, azioni in ambito europeo, al fine di limitare, derogare o ritardarne l'entrata in vigore. Siamo in presenza di rigurgiti di sovranità.

Così nei Trattati ritroviamo strumenti di integrazione differenziata, cooperazioni rafforzate, cooperazioni strutturate permanenti, «multivelocità», che sintetizzano a vari livelli la possibilità per taluni Stati membri di integrarsi più velocemente di altri nel rispetto delle norme che disciplinano le varie formule.

In primis occorre segnalare le cooperazioni rafforzate di cui al Titolo IV, art. 20 TUE e Titolo III, artt. 14-19 TFUE, che appaiono semplificate e più flessibili rispetto alla precedente procedura. Inoltre, ed è questa una interessante novità, è prevista una procedura unificata applicabile «nel quadro delle competenze non esclusive dell'Unione» (art. 20 TUE, n. 1, prima frase).

Il Consiglio dopo aver valutato la situazione e avere perseguito ogni attività positiva in merito, in ultima istanza, adotta all'unanimità una decisione di autorizzazione che permette una cooperazione rafforzata tra almeno nove Stati membri (attualmente otto Stati), qualora gli obiettivi ricercati da detta cooperazione non possano essere conseguiti entro un termine ragionevole dall'Unione nel suo insieme⁶⁵.

La cooperazione rafforzata, che può quindi applicarsi soltanto nell'ambito delle competenze non esclusive dell'Unione, è aperta ad altri Stati membri che possono successivamente aderirvi su espressa domanda, fatto salvo il rispetto delle eventuali condizioni di partecipazione stabilite dalla decisione di autorizzazione del Consiglio (art. 13, n. 1, TFUE).

Ai sensi degli artt. 20, n. 4, TUE e 14, n. 4, TFUE, gli atti adottati nel

ancora la regola in talune importanti politiche ed azioni dell'Unione. Si tenga conto che attualmente, a quanto consta, sono circa 70 le previsioni di utilizzo dell'unanimità! E questo nonostante l'estensione della codecisione, che diventa procedura legislativa ordinaria (a quanto consta 28 procedure previste) con il relativo aumento del ruolo del Parlamento europeo (P. PONZANO, *Le traité de Lisbonne: l'Europe sort de sa crise institutionnelle*, cit. *supra*, nota 47, p. 583, afferma che «Le renforcement du rôle du Parlement européen demeure l'élément le plus positif de la nouvelle architecture institutionnelle»).

⁶⁵ L. S. ROSSI, *L'integrazione differenziata nel Trattato di Lisbona*, in *Sud in Europa*, cit. *supra*, nota 19.

Nel quadro testé delineato di integrazione differenziata, occorre altresì richiamare la disciplina dell'unione economica e monetaria e la c.d. «zona euro», che, nella prospettiva in analisi, esprime il più significativo approccio «multilivello» degli Stati membri⁷¹. Segnalando l'inserimento nei Trattati, per la prima volta, dell'«euro» come moneta unica (art. 3, n. 4, TUE)⁷², posto che nelle versioni attualmente in vigore, addirittura, compare ancora l'unità di conto «ecu» oltre all'Istituto Monetario europeo (IME) precursore della Banca Centrale europea (BCE)⁷³.

Non v'è dubbio che a partire dal Trattato di Maastricht che ha formalizzato l'approccio multivariato e attesa l'integrazione di Schengen, l'approccio differenziato evidenziato da protocolli di «opting out» ha costituito l'esempio più limpido adottato in seguito ed esteso ad altri settori.

Anche nel Trattato di Lisbona, infatti, sono significative le clausole di esenzione temporanea che permeano trasversalmente i Trattati in materie specifiche autorizzando taluni Stati membri a procedere più in fretta permettendo ad altri di non aderire immediatamente, ma in un momento successivo qualora lo Stato decidesse in tal senso.

Non è certo questo il modello di integrazione preconizzato da Schuman o Monnet che perseguivano l'integrazione uniforme degli Stati europei, ma è pur sempre un modo di procedere egualmente verso mete che altrimenti sembrerebbero irraggiungibili, nell'Unione a più Stati e con il voto a maggioranza ancora non generalizzato.

Da ultimo, occorre far rientrare nel concetto di integrazione differenziata la previsione di cui all'art. 50 TUE che prevede la facoltà di uno Stato membro di recedere dall'Unione. In questa particolare e delicata situazione, non si tratta di richiedere di essere esentati da una politica o da un'azione dell'Unione, bensì di ritirarsi completamente dall'impegno sottoscritto con la firma dei Trattati istitutivi ovvero con la successiva adesione.

Non credo che l'inserimento nel Trattato di siffatta norma possa incidere

se del caso, a forze multinazionali, ai principali programmi europei di equipaggiamento e all'attività dell'Agenzia nel settore dello sviluppo delle capacità di difesa, della ricerca, dell'acquisizione e degli armamenti (l'Agenzia europea per la difesa), e *b.* ad essere in grado di fornire, al più tardi nel 2010, a titolo nazionale o come componente di gruppi di forze multinazionali, unità di combattimento mirate alle missioni previste, configurate sul piano tattico come gruppi tattici, con gli elementi di supporto, compresi trasporto e logistica, capaci di intraprendere missioni menzionate all'art. 28 B del trattato sull'Unione europea, entro un termine da 5 a 30 giorni, in particolare per rispondere a richieste dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, e sostenibili per un periodo iniziale di 30 giorni prorogabili fino ad almeno 120 giorni» [Protocollo (n. 4), art. 1].

⁷¹ Cfr. L. S. ROSSI, *L'integrazione differenziata nel Trattato di Lisbona*, cit. supra, nota 19, p. 18.

⁷² Art. 3 TUE: «4. L'Unione istituisce un'unione economica e monetaria la cui moneta è l'euro». Cfr. altresì il TFUE, in particolare il Titolo VII «Politica economica e monetaria», Capo 3 *bis* «Disposizioni specifiche agli Stati membri la cui moneta è l'euro» (c.d. «Eurogruppo»), artt. 136-138.

⁷³ Per alcune considerazioni in materia mi sia consentito rinviare a M. FRAGOLA, *Codice dell'euro, Raccolta dei testi normativi sull'introduzione della moneta unica*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane (ESI), 1999, p. 9-11.

negativamente sulla irreversibilità del processo di integrazione europea⁷⁴.

È indubbiamente una disposizione dalle connotazioni fortemente politiche consequenziale al processo di «decostituzionalizzazione» che, senza alcun vantaggio, inserisce tra le norme primarie il diritto dello Stato membro di abbandonare l'Unione⁷⁵.

Gli Stati membri, pur in assenza di norme espresse in materia, hanno sempre goduto del diritto di recesso ancorché non codificato nei Trattati⁷⁶.

Lo Stato membro che decide di recedere ai sensi dell'art. 50 TUE non può farlo *sic et simpliciter* giacché è tenuto a rispettare la procedura. Esso deve notificare tale intenzione al Consiglio europeo e, successivamente, ove vi siano le condizioni, l'Unione negozia e conclude (a maggioranza qualificata previa approvazione⁷⁷ del Parlamento europeo) con tale Stato un accordo (ai sensi dell'art. 218 TFUE) volto a definire le modalità del recesso, «tenendo conto del quadro delle future relazioni con l'Unione»⁷⁸.

L'esercizio del diritto di recesso dello Stato è quindi reso effettivo a decorrere dalla data di entrata in vigore dell'accordo ovvero, in mancanza di tale accordo, due anni dopo la notifica, salvo che il Consiglio europeo, d'intesa con lo Stato membro interessato, decida all'unanimità di prorogare tale termine.

Per lo Stato recedente si delinea pertanto anche una ulteriore possibilità, prevista dall'art. 50, n. 3, TUE, di attendere due anni (o più) a partire dalla notifica della volontà di recedere, qualora non si sia raggiunto un «accordo di dissenso» con l'Unione⁷⁹.

Sicché la procedura appare più complessa e articolata rispetto ad un recesso non condizionato da alcuna norma o procedura, sebbene non appare ipotizzabile un recesso improvviso, senza un congruo preavviso, come dire, *not politically correct*.

È convinzione, tuttavia, che siffatta norma debba essere interpretata anche alla luce dei principi generali e degli obiettivi comuni che l'Unione è chiamata a perseguire nel tempo nonché alla luce dell'art. 3 del Trattato di Lisbona che sancisce la durata illimitata di questo Trattato e che produce i suoi effetti politici anche dopo l'entrata in vigore dei nuovi Trattati TUE e TFUE.

⁷⁴ *Contra* J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, cit. *supra*, nota 6, p. 87.

⁷⁵ L. DANIELE, *Trattato di Lisbona: addio all'idea federalista per superare gli ostacoli degli euroscettici*, cit. *supra*, nota 11, p. 13, parla di «fobie europeistiche» presenti in alcuni Stati membri.

⁷⁶ Cfr. in merito la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati artt. 42-45, 54, 56, 61, 62, 65, 67, 70.

⁷⁷ Vale a dire un parere conforme obbligatorio e vincolante.

⁷⁸ Sull'argomento L. S. ROSSI, *L'integrazione differenziata nel Trattato di Lisbona*, cit. *supra*, nota 19, p. 18, che afferma in proposito che «È questa l'ipotesi più estrema di integrazione differenziata, ma proprio perché così estrema è forse anche la più improbabile».

⁷⁹ Si tenga conto anche della previsione contenuta nel par. 5: «Se lo Stato che ha receduto dall'Unione chiede di aderirvi nuovamente, tale richiesta è oggetto della procedura di cui all'art. 49», vale a dire, una nuova domanda di adesione come se fosse uno Stato mai membro dell'Unione.

5. Altre innovazioni rilevanti «in» e le innovazioni mancate «out» sempre nell'ottica di «decostituzionalizzazione»

Occorre infine soffermarsi su alcune novità introdotte dal Trattato di Lisbona, che appaiono rilevanti rispetto ad altre, sia in quanto vere e proprie innovazioni, sia perché riprese da disposizioni già presenti in precedenza, in particolare, nella Costituzione europea⁸⁰.

L'Unione ha una sua personalità giuridica unica (art. 47 TUE) in quanto «sostituisce e succede alla Comunità europea» (art. 1 TUE, ultima frase); si tratta della conseguenza della scomparsa della Comunità europea che, a differenza dell'Unione, aveva una sua personalità sancita da una norma primaria (art. 281 TCE).

In materia di politica estera e di sicurezza comune (PESC) [Titolo V TUE rinnovato]⁸¹, occorre rilevare che pur essendo formalmente scomparsa la struttura a tre pilastri del TUE, nella sostanza nulla è cambiato quanto a tenore e portata delle disposizioni⁸². Peraltro, nulla è cambiato anche rispetto al Trattato costituzionale, giacché il Trattato di Lisbona, sempre nell'ottica di «decostituzionalizzazione», riproduce la maggior parte delle innovazioni che erano già state previste, come l'introduzione del «Ministro degli esteri» (che però nel nuovo Trattato viene dequalificato, quanto meno nella denominazione, ad «Alto rappresentante per la politica estera e gli affari di sicurezza») e del Servizio europeo per l'azione esterna, la cooperazione strutturata permanente⁸³.

⁸⁰ Non sembra necessario elencare in modo dettagliato tutte le innovazioni contenute nel Trattato di riforma, peraltro già conosciute attraverso gli imponenti canali *mass mediatici*, e rinvenibili, per chi ne fosse interessato, in altre pubblicazioni di carattere divulgativo tempestive ed esaustive. Oltre agli altri autori citati *supra* in nota 1, si vedano, in particolare, A. DUFF, *Guida al Trattato di Lisbona*, in <http://www.andrewduffmep.org.uk>; Centro NAZIONALE DI INFORMAZIONE E DOCUMENTAZIONE EUROPEA (CIDE) (a cura di), *Verso il nuovo Trattato di riforma*, in <http://www.cide.it/Contenuti/>. Da ultimo i Dossier del Senato della Repubblica nn. 59, 75, 81, 82, 83, in http://www.senato.it/lavori/21417/21680/30661/133881/genpaginalistasm_web.htm; e le considerazioni di U. RANIERI, *L'Italia e il rilancio dell'integrazione europea*, 16 gennaio 2008, in *Federalismi.it*, n. 2-2008.

⁸¹ Per un primo approccio al novellato Titolo V TUE, cfr. F. MUNARI, *Le relazioni esterne*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, p. 16 ss. e P. PUOTI, *La Pesc nella prospettiva del Trattato di riforma*, *ivi*, p. 28 ss.

⁸² S. NUTTALL, *On Fuzzy Pillars: Criteria for the Continued Existence of Pillars in the Draft Constitution*, *CFSP Forum*, Vol. 2, Issue No. 3, May 2004, pp. 4-7 e in www.fornet.info.

⁸³ Stante alcune previsioni PESC del Titolo V TUE che appaiono indicative di possibili sviluppi progressivi (di cui si dirà più avanti), è lecito fare alcune riserve in ordine ad una futura e rapida evoluzione della Pesc in senso più sovranazionale. Si considerino, a tal riguardo, le numerose precisazioni sul ruolo preminente degli Stati membri nella definizione ed attuazione della Politica estera e di sicurezza comune, per comprendere quale è la volontà politica degli Stati membri. A puro titolo di esempio: «La politica estera e di sicurezza comune è soggetta a norme e procedure specifiche»; «La politica estera e di sicurezza comune è messa in atto dall'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e dagli Stati membri in conformità dei trattati. Il ruolo specifico del Parlamento europeo e della Commissione in questo settore è definito dai trattati. La Corte di giustizia dell'Unione europea non è competente riguardo a tali disposizioni» (art. 24, n. 1 TUE); «La politica estera e di sicurezza comune è attuata dall'alto rappresentante e dagli Stati membri, ricorrendo ai mezzi nazionali e a quelli dell'Unione» (art. 26, n. 3 TUE).

Nella PESC la procedura decisionale fortemente amministrata dal Consiglio europeo e dal Consiglio appare più complessa, non soltanto rispetto alle procedure usate per altre politiche oggi rubricate come «comunitarie», ma anche alla precedente disciplina.

A fronte del classico «triangolo istituzionale comunitario» – Commissione, Parlamento europeo e Consiglio – e confermato il ruolo preminente del Consiglio europeo che decide (di regola) all'unanimità, la procedura decisionale PESC si aggrava della partecipazione dell'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza⁸⁴, soprattutto nella fase della presentazione di iniziative o proposte di atti⁸⁵ che, si specifica, «non sono atti legislativi» (art. 31, n. 1, seconda frase, TUE).

Il Parlamento europeo non partecipa alla procedura decisionale. Esso è unicamente consultato, ancorché «regolarmente», dall'Alto Rappresentante «sui principali aspetti e sulle scelte fondamentali della politica estera e di sicurezza comune e della politica di sicurezza e di difesa comune e lo informa dell'evoluzione di tali politiche». «Le opinioni del Parlamento europeo sono «debitamente prese in considerazione».

In questo quadro, caratterizzato dal ruolo preminente di Consiglio europeo e Consiglio, alcune disposizioni appaiono, tuttavia, foriere di possibili miglioramenti e sviluppi futuri⁸⁶.

Ad esempio l'accorpamento delle due politiche «estere» della PESC e dell'azione esterna dell'Unione in un unico Titolo V del TUE, che prevede tra l'altro la cooperazione sul piano internazionale del «servizio europeo per l'azione esterna Ue» con le missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri⁸⁷.

Depositaria di possibili estensioni «diplomatiche» progressive, appare la previsione di cui all'art. 221 TFUE, che va letta alla luce dell'art. 27 TUE, laddove stabilisce che «le delegazioni dell'Unione nei paesi terzi e presso le organizzazioni internazionali assicurano la rappresentanza dell'Unione» (n. 1); nonché «le delegazioni dell'Unione sono poste sotto l'autorità dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza. Esse agiscono in stretta cooperazione con le missioni diplomatiche e consolari de-

⁸⁴ Ai sensi dell'art. 27 TUE, che prevede inoltre il «servizio europeo per l'azione esterna» che, una volta disciplinato da una decisione del Consiglio, svolgerà la sua azione in cooperazione con i servizi diplomatici degli Stati membri.

⁸⁵ «Con l'appoggio della Commissione» (art. 30, n. 1, TUE).

⁸⁶ Esprime un giudizio complessivo favorevole sulla riforma in materia F. MUNARI, *Le relazioni esterne*, cit. *supra*, nota 80, p. 16 ss.

⁸⁷ Nella Parte Quinta del TFUE si formalizza l'azione esterna dell'Unione con azioni specifiche suddivise in Titoli distinti: politica commerciale, cooperazione con i Paesi terzi e aiuto umanitario, cooperazione allo sviluppo, cooperazione economica, finanziaria e tecnica con i Paesi terzi, accordi internazionali, relazioni con le organizzazioni internazionali, clausola di solidarietà. Alcuni dei punti in questione sono stati già affrontati in altra sede e con una valenza diversa. Mi sia consentito il rinvio a M. FRAGOLA, *Nozioni di diritto diplomatico e consolare, Tecnica Prassi Esperienza*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, p. 30-40.

gli Stati membri» (n. 2)⁸⁸.

In questa prospettiva appare interessante la disposizione contenuta nell'art. 3 TUE che riguarda la protezione dei cittadini Ue «nelle relazioni con il resto del mondo»⁸⁹. Questa norma va analizzata in collegamento con l'art. 35 TUE che attiene al ruolo delle *delegazioni dell'Unione europea*, unitamente alle missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri, in ordine alla tutela dei cittadini nei Paesi terzi, nonché con gli artt. 17 e 20 TFUE che, inseriti nella Parte Seconda sulla cittadinanza dell'Unione, ne ripropongono il riconoscimento di particolari diritti di appartenenza⁹⁰.

La previsione della protezione diplomatica dei cittadini Ue nei Paesi terzi rispetto alla precedente formulazione del Trattato di Maastricht, è arricchita da una previsione che, in prospettiva, ne estende le opportunità. Al precedente art. 20 è aggiunto un nuovo comma che stabilisce che «Il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo, può adottare *direttive* che stabiliscono le misure di coordinamento e cooperazione necessarie per facilitare tale tutela». Un atto tipico delle istituzioni dell'Unione, quindi, che potrebbe sostituirsi alla decisione dei Governi degli Stati membri.

Mi sembra che rispetto al passato, in particolare con riguardo all'adozione della decisione dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, del 19 dicembre 1995 n. 95/553/Ce⁹¹, si intravede la possibilità di attrarre la materia nell'alveo istituzionale sottraendola alla sfera intergovernativa⁹².

In definitiva il diritto dei cittadini Ue ad ottenere una protezione da parte dell'Unione appare generalizzato e cristallizzato in varie parti dei Trattati, il che ci induce a considerare un *corpus* di norme a forte valenza progressiva.

Lo stesso dicasi per l'art. 222 TFUE che introduce la nuova «clausola di solidarietà», nel senso che l'Unione e gli Stati membri in uno spirito di aiuto

⁸⁸ Delegazioni che da organismi della Commissione nell'esercizio delle sue relazioni esterne a nome e per conto della Comunità, diventano delegazioni «dell'Unione» con un forte significato simbolico sulla presenza sul piano internazionale dell'Unione.

⁸⁹ In particolare il par. 5. «Nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, *contribuendo alla protezione dei suoi cittadini*. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite». Corsivo aggiunto.

⁹⁰ Nel comma terzo si afferma che (le delegazioni Ue) «contribuiscono all'attuazione del diritto di tutela dei cittadini dell'Unione nel territorio dei Paesi terzi di cui all'art.17, par. 2, lett. c. del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e delle misure adottate in applicazione dell'art. 20 di detto Trattato».

⁹¹ In *Guce* n. L 314 del 28 dicembre 1995 p. 73-76.

⁹² In base all'art. 8 della decisione 553 «La presente decisione entra in vigore quando tutti gli Stati membri hanno notificato al segretariato generale del Consiglio il completamento delle procedure richieste dal loro ordinamento giuridico per l'applicazione della presente decisione».

reciproco agiscono congiuntamente qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o altro tipo di emergenza grave.

Si tratta di una mutua assistenza⁹³ tra l'Unione e gli Stati membri, che sarà meglio precisata nella decisione di attuazione della clausola di solidarietà da parte del Consiglio, su proposta congiunta della Commissione e dell'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza.

Vale la pena altresì segnalare l'istituzione del Presidente del Consiglio europeo (art. 15, n. 5 TUE) il quale, tra l'altro, assicura la rappresentanza esterna dell'Unione per le materie relative alla politica estera e di sicurezza comune (una sorta di «Mr. UE»), fatte salve le attribuzioni dell'Alto Rappresentante dell'Unione per gli Affari esteri e la politica di sicurezza (c.d. «Mr. Pesc») (art. 15, n. 6, penultimo comma)⁹⁴.

La figura di un Presidente del Consiglio europeo «quinquennale» (mandato di 2,5 anni rinnovabile, art. 15, n. 5, TUE) è da accogliere positivamente, giacché dovrebbe assicurare coerenza e continuità all'azione dell'Unione europea sul piano internazionale, nonché maggiore visibilità soprattutto se la personalità che ricoprirà siffatto ruolo sarà di riconosciuto rilievo internazionale⁹⁵.

In questa prospettiva, per il buon funzionamento dell'intero sistema istituzionale dell'Unione, sembra indispensabile che le future elezioni⁹⁶ del Presidente ad opera del Consiglio europeo (a maggioranza qualificata ex art. 15, n. 5, TUE), propongano una personalità europea⁹⁷ che abbia dimostrato in preceden-

⁹³ Questa tipologia di clausola invero non è una novità; nel contesto del Trattato di Lisbona però assume una valenza particolare e si propone come norma a sviluppo progressivo. Vedi art. 5 dello Statuto NATO: «Le parti convengono che un attacco armato contro una o più di esse in Europa o nell'America settentrionale sarà considerato come un attacco diretto contro tutte le parti, e di conseguenza convengono che se un tale attacco si producesse, ciascuna di esse, nell'esercizio del diritto di legittima difesa, individuale o collettiva, riconosciuto dall'art. 51 dello Statuto delle Nazioni Unite, assisterà la parte o le parti così attaccate intraprendendo immediatamente, individualmente e di concerto con le altre parti, l'azione che giudicherà necessaria, ivi compreso l'uso della forza armata, per ristabilire e mantenere la sicurezza nella regione dell'Atlantico settentrionale. Ogni attacco armato di questo genere e tutte le misure prese in conseguenza di esso saranno immediatamente portate a conoscenza del Consiglio di Sicurezza. Queste misure termineranno allorché il Consiglio di Sicurezza avrà preso le misure necessarie per ristabilire e mantenere la pace e la sicurezza internazionali».

⁹⁴ Figura «decostituzionalizzata» nella denominazione ma non nella sostanza. In argomento G. GREVI, *The Common Foreign, Security and Defence Policy*, in G. AMATO - H. BRIBOSIA - B. DE WITTE (eds.), *Genesis and Destiny of the European Constitution. Commentary on the Treaty Establishing a Constitution for Europe in the light of the travaux préparatoires and future prospects*, European University Institute, Florence, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 820-821.

⁹⁵ Non sono così sicuro che la famosa frase di Henri Kissinger «se devo chiamare la Comunità europea («l'Europa») non so che numero comporre» sia oggi del tutto superflua, giacché in ogni caso una sorta di «triade» è pur sempre presente (Presidenti del Consiglio europeo e della Commissione, Alto Rappresentante PESC) e le competenze di ciascuno si intrecciano con le altre.

⁹⁶ Così l'art. 15, n. 5, TUE: «Il Consiglio europeo *elegge* il presidente a maggioranza qualificata per un mandato di due anni e mezzo, rinnovabile una volta. In caso di impedimento o colpa grave, il Consiglio europeo può porre fine al mandato secondo la medesima procedura» (corsivo aggiunto).

⁹⁷ Nulla dice l'art. 15 TUE in merito della nazionalità del Presidente del Consiglio europeo che, evidentemente, si ritiene debba essere cittadino dell'Unione europea ai sensi dell'art. 20 TFUE.

za di condividere il processo di integrazione, quanto meno nella sua generalità, e di poter garantire una esplicita indipendenza dai Governi degli Stati membri.

L'art. 12 TUE incluso nel «Titolo II Disposizioni relative ai principi democratici» presenta una novità che va quanto meno segnalata.

Si tratta della formalizzazione nelle norme primarie della collaborazione tra le istituzioni ed i parlamenti nazionali, i quali «contribuiscono attivamente al buon funzionamento dell'Unione» (art. 12 TUE, primo comma), che quindi saranno interessati, in diversa misura, soprattutto vigilando sul rispetto del principio di sussidiarietà e proporzionalità (art. 5 TUE); svolgendo un controllo politico sulle attività di Europol e Eurojust (artt. 88 e 85 TFUE); partecipando alla procedura ordinaria di revisione dei Trattati (art. 48 TUE); venendo informati delle domande di adesione all'Unione in conformità dell'art. 49 TUE⁹⁸.

Il Protocollo n. 1 allegato al Trattato di Lisbona (art. 4), definisce le modalità della partecipazione attiva dei parlamenti nazionali⁹⁹.

6. *Segue: In conclusione*

Tra le innovazioni «out», vale a dire le novità contenute nella Costituzione europea non trasposte nel Trattato di Lisbona, un *flash* sul mancato inserimento (o la cancellazione se si considera la Costituzione europea) dei simboli dell'Unione dai nuovi Trattati¹⁰⁰. È questo un fatto sostanzialmente simbolico, direi «di facciata» nell'ottica di «decostituzionalizzazione», che non comporta la formalizzazione nei Trattati della bandiera blu con le 12 stelle gialle; l'inno Ue e il motto. Il che, ovviamente, continueranno nell'immaginario collettivo ad essere sempre considerati, *de facto*, i simboli distintivi e caratterizzanti dell'Unione europea sia sul piano interno sia su quello internazionale¹⁰¹.

⁹⁸ Testualmente l'art. 12 TUE: «I parlamenti nazionali contribuiscono attivamente al buon funzionamento dell'Unione: *a.* venendo informati dalle istituzioni dell'Unione e ricevendo i progetti di atti legislativi dell'Unione in conformità del protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea; *b.* vigilando sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo le procedure previste dal protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità; *c.* partecipando, nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ai meccanismi di valutazione ai fini dell'attuazione delle politiche dell'Unione in tale settore, in conformità dell'art. 61 C del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ed essendo associati al controllo politico di Europol e alla valutazione delle attività di Eurojust, in conformità degli artt. 69 G e 69 D di detto trattato; *d.* partecipando alle procedure di revisione dei trattati in conformità dell'art. 48 del presente trattato; *e.* venendo informati delle domande di adesione all'Unione in conformità dell'art. 49 del presente trattato; *f.* partecipando alla cooperazione interparlamentare tra parlamenti nazionali e con il Parlamento europeo in conformità del protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea».

⁹⁹ Per un'approfondita prima analisi della materia si rinvia a C. MORVIDUCCI, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali nel nuovo Trattato*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, p. 23 e M. C. BARUFFI, *Rafforzato il principio di sussidiarietà: protagonisti i parlamenti nazionali*, cit. *supra*, nota 24, p. 15 ss.

¹⁰⁰ Parla di «furia iconoclastica» U. VILLANI, *La riforma di Lisbona*, cit. *supra*, nota 20, p. 2.

¹⁰¹ Non si fa menzione, invece, della festa dell'Unione in data 9 maggio nel ricordo della Dichiarazione Schuman che viene considerata la prima pietra della costruzione dell'Europa unita.

Vale la pena soffermarsi, altresì, sul mancato inserimento del principio del primato del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale, aspetto questo di sicuro più importante rispetto ai simboli¹⁰².

Anche questa scelta da parte degli Stati membri mette in rilievo la scelta politica di preferire un Trattato più modesto¹⁰³, quanto meno in apparenza, meno impegnativo e soprattutto «decostituzionale» agli occhi dei propri cittadini.

Non vale la pena in questa sede riprendere (l'oramai vetusto) dibattito che ha accompagnato in Italia, il riconoscimento del primato da parte della Corte costituzionale vent'anni dopo la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Costa-Enel* del 1964¹⁰⁴. Giova soltanto richiamare la Dichiarazione n. 17 nella quale si afferma che «per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza»¹⁰⁵.

Anche il ritorno alla denominazione precedente degli atti delle istituzioni in luogo delle novità introdotte dalla Costituzione europea è una scelta al ribasso. L'organizzazione del sistema delle fonti è argomento ben noto nel diritto comunitario e a tutt'oggi irrisolto¹⁰⁶. Anzi, nella struttura convenzionale binaria delineata a Lisbona, gli elementi di complessità ed incertezza sono addirittura aumentati, se si considera che disposizioni sulle fonti sono contenute in entrambi i trattati¹⁰⁷.

¹⁰² Principio costituzionale dell'ordinamento comunitario assieme al principio dell'efficacia diretta. Su cui, da ultimo, per taluni profili costituzionali, R. MASTROIANNI, *Conflitti di norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale*, in *Dir. Un. eur.*, 2007, p. 585 ss.

¹⁰³ U. VILLANI, *La riforma di Lisbona*, cit. supra, nota 20, p. 2, afferma che «le scelte operate dalla Conferenza intergovernativa mettono in luce l'inclinazione ad assumere per il futuro europeo un tono dimesso (se non meschino), privo di qualsiasi tensione morale e ideale».

¹⁰⁴ Nota sentenza del 15 luglio 1964 in causa n. 6/64, in *Raccolta*, 1964, p. 1141.

¹⁰⁵ Nella Dichiarazione è allegato il Parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007 riportato nel documento 11197/07 (JUR 260). La CIG ha allegato all'atto finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato, che quindi rispecchia il pensiero degli Stati membri. Nel documento si afferma che «dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un *principio* fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All'epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza consolidata (...) non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato. La situazione è a tutt'oggi immutata. Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia» (corsivo aggiunto).

¹⁰⁶ Ricordo per tutti A. TIZZANO, *La Hiérarchie des normes communautaires*, RMUE, 1995, p. 219 ss. Per una sistemazione coerente delle fonti giuridiche e per l'analisi delle novità contenute nel Trattato di riforma, cfr. E. CANNIZZARO, *Il sistema delle fonti dell'Unione nel nuovo Trattato di riforma*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, p. 12; G. CAGGIANO, *Atti delegati e di esecuzione tra equilibrio istituzionale e comitologia*, ivi, p. 31.

¹⁰⁷ Sul ruolo della Commissione in ordine alle competenze di esecuzione e sul ruolo della comitologia (art. 281 TFUE), cfr. G. CAGGIANO, *Atti delegati e di esecuzione tra equilibrio istituzionale e comitologia*, cit. supra, nota 106, p. 32.

Se si eccettua la PESC che mostra una disciplina a se stante (il II pilastro è scomparso?), va segnalato che il Trattato di riforma, pur confermando la tipologia di atti attualmente in vigore [regolamenti, direttive, decisioni (novelato art. 288 TFUE)], quanto meno delinea una distinzione fra atti legislativi, atti delegati e atti di esecuzione¹⁰⁸. Ai sensi del nuovo art. 289, n. 3 TFUE, «gli atti giuridici adottati mediante procedura legislativa sono atti legislativi»; il che vuol dire che la portata legislativa dell'atto è dovuta alla procedura legislativa ordinaria ex art. 289 TFUE utilizzata dalle istituzioni dell'Unione. Non tutti gli atti delle istituzioni (il c.d. «diritto derivato Ue») sono pertanto atti legislativi e, in ogni caso, non vi è chiarezza¹⁰⁹.

In conclusione un cenno alle novità previste per la Corte di giustizia da sempre considerata il «motore» dell'integrazione¹¹⁰.

L'art. 13 TUE (che sostituirà l'attuale art. 7 TCE) conferma tra le istituzioni la Corte di giustizia che diventa «dell'Unione europea». Il successivo art. 19 TUE sancisce che «la Corte di giustizia dell'Unione europea comprende la Corte di giustizia, il Tribunale e i tribunali specializzati. Assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati». L'art. 19, n. 1, secondo comma, TUE, dispone in modo perentorio che «gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione».

Si tratta di una norma in parte confermativa della situazione attuale, che pertanto viene codificata tra le norme primarie, e in parte riproduttiva di norme primarie contenute attualmente in altri articoli del TCE (artt. 220, 221, 222 223, 224, 225, 225)¹¹¹.

La Corte di giustizia dell'Unione europea è quindi l'istituzione «madre» del sistema giurisdizionale: si pone al vertice della piramide e «comprende», nel senso di includere nel sistema complessivo, il Tribunale (non più di primo grado giacché funge da giurisdizione di appello del Tribunale della Funzione Pubblica), lo stesso Tribunale della Funzione Pubblica, le altre giurisdizioni che saranno istituite (cc.dd. «Tribunali specializzati») (art. 257 TFUE).

¹⁰⁸ Sul punto ampiamente E. CANNIZZARO, *Il sistema delle fonti dell'Unione nel nuovo Trattato di riforma*, cit. supra, nota 105, p. 12-13; ma anche G. CAGGIANO, *Atti delegati e di esecuzione tra equilibrio istituzionale e comitologia*, cit. supra, nota 106, p. 31.

¹⁰⁹ Rinvio ancora a E. CANNIZZARO, *Il sistema delle fonti*, loc. cit., che richiama l'attenzione sulla mancanza di uniformità di applicazione della procedura ordinaria, così come pure della procedura speciale, L'Autore parla di asimmetria e pluralità di sistemi e sottosistemi di fonti normative: procedimento legislativo rafforzato, procedura super-legislativa, atti di natura sub-legislativa, atti di natura mista, di natura legislativa che però non costituiscono un atto legislativo.

¹¹⁰ Su cui R. MASTROIANNI, *Il Trattato di Lisbona e le modifiche al sistema giurisdizionale dell'Ue*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, p. 10 ss.

¹¹¹ Ancora R. MASTROIANNI, *Il Trattato di Lisbona e le modifiche al sistema giurisdizionale dell'Ue*, loc. cit., p. 11.

La disciplina della Corte di giustizia è pertanto rinvenibile sia nel TUE sia nel TFUE, a dimostrazione dell'interconnessione delle fonti ma, altresì, della poca chiarezza e sistematicità.

Sebbene spetta allo Statuto stabilire la distribuzione delle competenze (art. 256 TFUE), i tribunali non sono del tutto autonomi, ancorché individualizzati nei Trattati: si pensi ad un unico Statuto (della Corte di giustizia dell'Unione europea); al regolamento del Tribunale che è approvato dal Consiglio su *parere* della Corte di giustizia; e alla istituzione dei Tribunali specializzati che sono istituiti, mediante l'adozione di *regolamenti*, dal Parlamento europeo e dal Consiglio che deliberano secondo la procedura legislativa, su proposta della Commissione e previa consultazione della Corte di giustizia o su richiesta della Corte di giustizia e previa consultazione della Commissione (art. 257 TFUE)¹¹².

Un'ultima menzione relativa al procedimento di nomina dei giudici (della Corte di giustizia e del Tribunale) e degli Avvocati Generali: l'art. 255 TFUE formalizza nelle norme primarie l'istituzione di un «Comitato» di esperti¹¹³, con l'incarico di fornire un parere sull'adeguatezza dei candidati all'esercizio delle funzioni di giudice e di Avvocato Generale della Corte di giustizia e del Tribunale, prima che i Governi degli Stati membri procedano alle nomine¹¹⁴.

Sembra quindi di poter concludere affermando che il nuovo Trattato è da giudicare nel complesso positivamente. Se da un lato, però, bisogna riconoscere che il Trattato di Lisbona ha rimesso in moto il processo di integrazione europea, introducendo interessanti novità sul versante istituzionale e delle politiche, dall'altro si deve denunciare senza indugio il metodo utilizzato per la modifica dei Trattati, che va in ogni caso deplorato, pur tenendo conto della giustificazione addotta dai Rappresentanti dei Governi degli Stati membri, di voler raggiungere in tempi strettissimi un accordo su un testo condiviso¹¹⁵.

Massimo Fragola*

¹¹² Appare scettico sulla scelta del regolamento invece della decisione R. MASTROIANNI, *Il Trattato di Lisbona e le modifiche al sistema giurisdizionale dell'Ue*, cit. *supra*, nota 110, p. 10.

¹¹³ Cfr. la raccomandazione della Corte di giustizia del 6 dicembre 2004 che istituiva il primo comitato di esperti (cfr. R. MASTROIANNI, *Il Trattato di Lisbona*, loc. cit., p. 11).

¹¹⁴ Ancora, sul punto, R. MASTROIANNI, *Il Trattato di Lisbona*, loc. cit., p. 11, il quale afferma che «l'incidenza del Comitato sarà certamente ridotta se si considera che lo stesso si pronuncerà soltanto su designazioni già avvenute (...), che probabilmente sottintende una inconfessabile sfiducia sulle designazioni governative da parte dei nuovi Stati membri».

¹¹⁵ Appare quindi necessario riprendere la buona prassi instaurata in occasione della redazione della Costituzione europea, che com'è noto prevede la convocazione della Convenzione e successivamente la CIG che, tuttavia, dovrebbe tenere in debito conto la posizione comune scaturita dalla negoziazione dei membri della Convenzione, non stravolgendo il testo negoziato.

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea / Università della Calabria.

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

LA DISCIPLINA IN MATERIA DI ETICHETTATURA DEI PRODOTTI ALIMENTARI ARTIGIANALI, ALLA LUCE DELLE NORMATIVE EUROPEA E NAZIONALE SUGLI ALLERGENI*

Sommario: Osservazioni preliminari - **I.** I principi e le regole del settore alimentare applicabili alla produzione e alla vendita del gelato artigianale - **1.** In generale - **2.** La disciplina specifica applicabile al settore del gelato artigianale - **a.** Premesse - **b.** L'informazione destinata al consumatore. Il «cartello unico» - **3.** La normativa applicabile in materia di prodotti alimentari con riferimento alle sostanze allergeniche - **a.** In generale - **b.** Le modifiche apportate al decreto legislativo n. 109/92 - **II.** Valutazioni finali e conclusive.

Osservazioni preliminari

Dal 1° gennaio 2006 il settore alimentare è interamente assoggettato alla normativa comunitaria in tutti i 27 Paesi membri dell'Unione europea.

Tale normativa è contenuta in una decina di regolamenti comunitari i quali hanno codificato le discipline nazionali degli Stati membri che avevano in precedenza attuato le direttive comunitarie adottate nel corso degli ultimi 40 anni.

Per portare un esempio, le disposizioni delle diverse direttive comunitarie che avevano precedentemente disciplinato, in modo separato, il settore del latte, quello delle carni, delle uova, etc., sono state riprese, per quanto riguarda

* Relazione presentata al Convegno organizzato il 3 dicembre 2007 a Longarone da Longarone Fiere e dall'IFNE (Istituto di Formazione del Nord-Est-Diritto Tecnica e Controllo dei Prodotti Alimentari) su: «Il gelato artigianale e le regole europee e nazionali in materia di etichettatura dei prodotti alimentari».

gli aspetti dell'igiene e della sicurezza, nel Regolamento n. 852/2004 sull'igiene dei prodotti alimentari e, soprattutto, nel Regolamento Ce n. 853/2004 (sui prodotti alimentari di origine animale che riporta, negli allegati, tutte le disposizioni rispettivamente applicabili ai singoli settori).

La ragione del passaggio dalle direttive ai regolamenti è presto spiegata.

Da sempre, negli Stati membri, esistevano normative nazionali diverse in materia alimentare che erano fra loro divergenti.

Per questo, mediante direttive comunitarie, gli Stati membri sono stati obbligati ad armonizzare le proprie discipline interne per adattarle gradualmente ai principi e agli obiettivi contenuti nelle direttive medesime.

Una volta realizzata tale armonizzazione, nel senso che le diverse discipline nazionali, regolanti un determinato settore (carne, latte, uova, etc.) sono state rese uniformi in tutti gli Stati membri, è stato possibile, ed anche conveniente, disciplinare lo stesso settore mediante regolamenti che, come è noto, essendo immediatamente applicabili e direttamente efficaci in tutti gli Stati membri, prevalgono, in caso di contrasto, nei confronti delle leggi nazionali degli Stati membri anche se queste ultime sono state successivamente adottate.

È quanto si è verificato, all'interno dell'Unione europea, nel settore dei prodotti alimentari, a partire dal 1° gennaio 2006, come sopra accennato.

Già durante il processo di armonizzazione avviato all'interno dei vari settori alimentari e, quindi, ancor prima dell'adozione dei regolamenti comunitari appena menzionati, è stato però possibile introdurre, nella normativa europea, diversi principi innovativi grazie al progresso realizzato nelle ricerche effettuate in conseguenza delle note crisi alimentari degli anni '90.

Come si ricorderà, a seguito di tali crisi alimentari (*mucca pazza* e *pollo alla diossina*) sono state effettuate ricerche approfondite che si sono concluse con la redazione, da parte della Commissione europea, di un Libro Verde¹ e di un Libro Bianco².

In conseguenza degli approfondimenti effettuati, si è pervenuti, quindi, all'adozione del Regolamento Ce n. 178/2002³ che contiene i principi, le regole e gli obiettivi fondamentali della legislazione alimentare e che istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA di Parma).

Per quanto riguarda i principi, quelli più noti, introdotti dal Regolamento Ce n. 178/2002, sono i seguenti: «*dalla terra alla tavola*»; «*precauzione*»; «*non discriminazione*»; «*proporzionalità*».

¹ Principi generali della legislazione in materia alimentare nell'Unione europea - Libro Verde della Commissione Com(1997)176, 30 aprile 1997.

² Libro Bianco della Commissione sulla sicurezza degli alimenti - Com(1999)719, 12 gennaio 2000.

³ 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 ss.

Per quanto riguarda le regole, una delle più importanti, tra quelle introdotte dal Regolamento Ce n. 178/2002, è l'«*analisi del rischio*», disciplinata dall'art. 6 dello stesso Regolamento⁴.

Secondo tale regola, ogni provvedimento in materia alimentare deve essere sottoposto all'analisi del rischio: «per verificare la probabilità e la gravità di effetti nocivi sulla salute umana e degli animali».

L'analisi del rischio si sviluppa in base a tre fasi interconnesse: la valutazione del rischio, la gestione del rischio e la comunicazione del rischio.

Per la valutazione del rischio è competente, in ultima istanza, l'EFSA di Parma, perché valutare un rischio è un compito che deve essere svolto da un organismo scientifico.

Per la gestione del rischio è invece competente la Commissione europea, perché la gestione di un rischio implica l'esercizio di poteri politico-amministrativi.

Per quanto riguarda, invece, la comunicazione del rischio, sia l'EFSA sia la Commissione europea sono ritenute competenti.

Un'altra regola, molto importante, introdotta dal Regolamento Ce n. 178/2002 (art. 17) è l'attribuzione agli operatori del settore alimentare della responsabilità primaria per quanto riguarda la sicurezza degli alimenti.

In altre parole, gli operatori del settore alimentare, in considerazione dell'attività da essi rispettivamente esercitata (nelle fasi della produzione, distribuzione o somministrazione dei prodotti alimentari) sono in primo luogo responsabili della sicurezza dei prodotti da essi immessi al consumo.

Una volta delineati, in base al Regolamento Ce n. 178/2002, i principi e le regole generali applicabili alle fasi della produzione, della distribuzione e della somministrazione dei prodotti alimentari, vediamo ora come tali principi e tali regole trovano applicazione nel settore del gelato artigianale.

I. I principi e le regole del settore alimentare applicabili alla produzione e alla vendita del gelato artigianale

1. IN GENERALE

Mentre l'applicazione dei principi e delle regole previsti, in generale, per il settore alimentare può dare origine a responsabilità diversamente ripartite fra gli operatori a seconda dell'attività da ciascuno di essi effettivamente esercitata, nel caso degli operatori del settore del gelato artigianale, questa ripartizione di responsabilità non può essere effettuata.

In effetti, nel settore alimentare, generalmente gli operatori si trovano ad

⁴ Sull'analisi del rischio, v. F. CAPELLI - B. KLAUS - V. SILANO, *Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 106 ss.

operare in fasi distinte: il fabbricante di un prodotto alimentare (formaggio) opera nella fase della produzione; il venditore al pubblico dello stesso prodotto (supermercato) opera nella fase della distribuzione e il titolare di un ristorante che inserisce nel "menu", il medesimo formaggio, opera infine nella fase della somministrazione.

La responsabilità tra queste tre figure di operatori può quindi essere diversa.

Se, quindi, il produttore di un formaggio, che viene successivamente venduto preconfezionato, indica, sull'etichetta, formaggio di latte di pecora (pecorino), mentre in realtà si tratta di formaggio di latte di mucca (vaccino), la responsabilità per la falsa indicazione incombe soltanto sul produttore e non sul distributore.

Un caso analogo si è verificato con riferimento alla gradazione alcolica di un amaro digestivo. In tal caso l'etichetta riportava una gradazione alcolica diversa rispetto a quella effettiva. Il giudice nazionale ha quindi ritenuto responsabile il produttore (cfr. sentenza del giudice di pace di Monselice in data 24 maggio-5 luglio 2007 n. 280/07)⁵.

Se, invece, sull'etichetta del prodotto preconfezionato dovesse, ad esempio, mancare del tutto l'indicazione del termine di conservazione (con le formule: da consumarsi «entro il ...» o «preferibilmente entro il ...»), in tal caso sarebbero responsabili sia il produttore sia il distributore, qualora tale indicazione fosse obbligatoria. Infine, se il prodotto preconfezionato, ad esempio uno yogurt, dovesse essere offerto in vendita in un supermercato al di fuori di un banco frigorifero, in tal caso sarebbe responsabile unicamente il distributore e non il produttore⁶.

Orbene, nel caso dell'operatore del settore del gelato artigianale, inteso come produttore, distributore e somministratore del prodotto, tutte le responsabilità si concentrano sullo stesso soggetto. Per questo, l'operatore artigianale di questo settore deve conoscere la normativa che si applica a tutte le fasi della sua attività.

⁵ La sentenza è riportata in questa *Rivista*, 2007, p. 529 ss. con commento di D. PISANELLO, *Applicazione della sentenza Lidl Italia all'interno degli Stati membri: legislazione interna e normativa comunitaria a confronto*, 2007, p. 533 ss. Nello stesso senso è da tempo orientata la stessa normativa italiana. Infatti l'art. 49 della legge 4 luglio 1967 n. 580, riguardante la produzione e la commercializzazione del pane e della pasta, espressamente stabilisce che le sanzioni previste da tale legge: «non si applicano al commerciante che vende, detiene per vendere o comunque distribuisce per il consumo prodotti in confezioni originali, qualora la non corrispondenza alle previsioni della legge stessa riguardi i requisiti intrinseci o la composizione dei prodotti o le condizioni interne dei recipienti e sempre che il commerciante non sia a conoscenza della violazione e la confezione originale non presenti segni di alterazione».

⁶ Cfr. su tali aspetti, F. CAPELLI, *La responsabilità degli operatori del settore alimentare*, in questa *Rivista*, 2006, p. 391 ss.

2. LA DISCIPLINA SPECIFICA APPLICABILE AL SETTORE DEL GELATO ARTIGIANALE

a. *Premesse*

Riunendo le tre funzioni, appena indicate, di produttore, distributore e somministratore dello stesso prodotto, e cumulando le responsabilità connesse a ciascuna di esse, l'operatore del settore del gelato artigianale deve conoscere ed osservare attentamente le disposizioni applicabili in tutte e tre le fasi sopra richiamate.

Sugli aspetti igienici nelle fasi della produzione e della vendita del prodotto si soffermerà in particolare la relazione del *Dr. Borrello*.

Nel mio intervento cercherò invece di mettere a fuoco il problema dell'informazione al consumatore.

b. *L'informazione al consumatore. Il «cartello unico»*

Poiché il consumatore di un gelato artigianale acquista direttamente un prodotto che non gli viene presentato in un imballaggio preconfezionato, in quanto si tratta di un prodotto confezionato, su richiesta, nei luoghi di vendita oppure di un prodotto confezionato ai fini della vendita immediata, l'informazione ad esso destinata non deve avvenire tramite un'etichetta da applicare sul prodotto o sulla confezione ma bensì, come stabilisce l'art. 16 par. 1 del decreto legislativo 27 gennaio 1992 n. 109 in materia di etichettatura e di presentazione dei prodotti alimentari, tramite un apposito cartello.

Secondo l'art. 16 par. 2 dello stesso decreto legislativo n. 109/92, il cartello deve contenere, per quanto qui interessa, *a.* «la denominazione di vendita», *b.* «l'elenco degli ingredienti, salvo i casi di esenzione».

Il par. 3 dello stesso art. 16 precisa infine che per i prodotti di gelateria (e per quelli di pasticceria, etc.) «*l'elenco degli ingredienti può essere riportato su un unico e apposito cartello tenuto ben in vista, oppure, per singoli prodotti, su apposito registro o altro sistema equivalente da tenere bene in vista, a disposizione dell'acquirente, in prossimità dei banchi di esposizione dei prodotti stessi*».

La disciplina del «cartello unico» per quanto riguarda i gelati, i prodotti di pasticceria, etc. è stata introdotta con il decreto ministeriale 20 dicembre 1994⁷.

Tale decreto ministeriale, all'art. 1, riferendosi espressamente all'art. 16 del decreto legislativo n. 109/1992 in precedenza esaminato, dispone che il cartello unico deve essere predisposto secondo lo schema contenuto nell'Allegato 1 dello stesso decreto.

Esaminando lo schema riportato nel citato Allegato 1, si constata che i gelati sono classificati in quattro gruppi, a ciascuno dei quali viene assegnata

⁷ In *Guri* n. 304 del 30 dicembre 1994.

una specifica denominazione di vendita.

Al primo gruppo appartengono i *gelati al latte e derivati*; al secondo, i *gelati alla frutta e agli ortaggi*; al terzo, i *gelati ai cereali* e, infine, al quarto gruppo appartengono i *semifreddi*.

A fianco della denominazione di vendita di ogni gruppo, lo schema dell'Allegato 1 riporta, in modo separato, l'elenco degli ingredienti che vengono generalmente utilizzati per la produzione dei gelati del gruppo rispettivo.

Ad esempio, per i gelati appartenenti al primo gruppo (gelati al latte e derivati) gli ingredienti indicati sono: latte, zucchero, destrosio, sciroppo di glucosio, panna, uova, caffè, cacao, cioccolato, etc.

L'art. 2 del decreto ministeriale 20 dicembre 1994, precisa che la lista degli ingredienti è soltanto indicativa, per cui spetta all'operatore precisare gli ingredienti effettivamente contenuti nel gelato, come prodotto finito, riportando, sul cartello, gli ingredienti medesimi che vengono elencati secondo il loro ordine decrescente rispetto al peso.

L'elenco degli ingredienti può essere anche riportato accanto alla denominazione di vendita che designa il singolo gelato.

L'art. 3 del medesimo decreto ministeriale, stabilisce, infine, che i semilavorati o i preparati alimentari che vengono utilizzati per la produzione del gelato, come prodotto finito, devono essere menzionati con il nome dei singoli ingredienti che li compongono. Tali ingredienti, se coincidono con quelli che vengono utilizzati per la produzione del prodotto finito, devono essere menzionati una sola volta.

Ovviamente, non viene esclusa la possibilità di predisporre un cartello unico contenente maggiori dettagli.

3. LA NORMATIVA APPLICABILE IN MATERIA DI PRODOTTI ALIMENTARI CON RIFERIMENTO ALLE SOSTANZE ALLERGENICHE

a. *In generale*

Con la direttiva Ce n. 2003/89⁸ è stata modificata la direttiva Ce n.

⁸ Direttiva n. 2003/89/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 novembre 2003, che modifica la direttiva n. 2000/13/Ce per quanto riguarda l'indicazione degli ingredienti contenuti nei prodotti alimentari, in *Gu-Ue* n. L 308 del 25 novembre 2003, p. 15. La direttiva n. 2000/13/Ce è stata successivamente ancora modificata, tra l'altro, dalla direttiva n. 2005/26/Ce della Commissione, del 21 marzo 2005, che fissa un elenco di ingredienti o sostanze alimentari temporaneamente esclusi dall'allegato III *bis* della direttiva n. 2000/13/Ce, in *Gu-Ue* n. L 75 del 22 marzo 2005, p. 33 e dalla direttiva n. 2005/63/Ce della Commissione, del 3 ottobre 2005, che rettifica la direttiva n. 2005/26/Ce per quanto riguarda l'elenco delle sostanze o ingredienti alimentari temporaneamente esclusi dall'allegato III *bis* della direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 258 del 4 ottobre 2005, p. 3 nonché dalla direttiva n. 2007/68/Ce della Commissione, del 27 novembre 2007, che modifica l'allegato III *bis* della direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto concerne l'inclusione di alcuni ingredienti alimentari, in *Gu-Ue* n. L 310 del 28 novembre 2007, p. 11. In particolare la direttiva n. 2007/68/Ce ha confermato alcune specifiche esclusioni per quanto riguarda l'indicazione dei derivati da alcune sostanze allergeniche. Per completezza di informazione v. anche la direttiva n. 2008/5/Ce della Commissione del 30 gennaio 2008 relativa alla

2000/13 sull'etichettatura e sulla presentazione dei prodotti alimentari, per quanto riguarda l'indicazione degli ingredienti in essi contenuti e, in particolare, per quanto riguarda gli allergeni.

Di conseguenza, in Italia, dopo l'adozione del decreto legislativo 27 gennaio 2003 n. 181 che, attuando la predetta direttiva Ce n. 2000/13, aveva già modificato e integrato il decreto legislativo n. 109/92 sopra esaminato, è stato necessario modificare ed integrare nuovamente lo stesso decreto legislativo n. 109/92, mediante il decreto legislativo n. 114 dell'8 febbraio 2006, per inserirvi le disposizioni in materia di sostanze allergeniche contenute nella menzionata direttiva Ce n. 2003/89.

b. Le modifiche apportate al decreto legislativo n. 109/92

Come in precedenza indicato, il decreto legislativo n. 109/92 è stato, da ultimo, modificato e integrato all'art. 5, all'art. 7 e all'art. 16, per consentire di effettuare i necessari riferimenti alle modalità di indicazione degli allergeni.

In particolare, nell'art. 5, ai par. 2 *bis*, 2 *ter* e 2 *quater*, nonché al par. 10 *bis*, viene specificato che gli ingredienti riportati nell'Allegato 2 Sezione III, dello stesso decreto legislativo, devono sempre essere indicati nell'etichetta (o, comunque, essere riportati nel cartello unico) che fornisce l'informazione al consumatore.

Ugualmente devono essere indicate le sostanze che derivano da tali ingredienti.

Orbene, gli ingredienti e le sostanze suscettibili di provocare allergie, che interessano i produttori di gelati, elencati nell'Allegato 2, Sezione III del decreto legislativo n. 109/92, sono:

Cereali contenenti glutine (grano, segale, orzo, avena, farro, kamut) e prodotti derivati.

Uova e prodotti derivati

Arachidi e prodotti derivati

Soia e prodotti derivati

Latte e prodotti derivati

Frutta a guscio (mandorle, nocciole, noci, pistacchi e derivati).

Tutti questi prodotti, se sono usati come ingredienti (o in quanto derivati da tali ingredienti) per la produzione dei gelati, devono sempre essere riportati sul cartello unico (senza poter beneficiare di esenzioni).

È soltanto consentito di non indicare il nome dell'ingrediente (come prodotto allergenico o prodotto da esso derivato) se tale nome è riportato nella dichiarazione di vendita del gelato (se, infatti, il gelato viene indicato come

specificazione sull'etichetta di alcuni prodotti alimentari di altre indicazioni obbligatorie oltre a quelle previste dalla direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 27 del 31 gennaio 2008, p. 12 ss.

«gelato al latte», «allo yogurt» o «alle noci» o al «pistacchio», non c'è bisogno di ripetere il nome del prodotto tra gli ingredienti).

In caso di incertezza, quando si sospetti la presenza, anche minima, di un allergene, conviene indicare: «possono essere presenti tracce di ...»⁹.

II. Valutazioni finali e conclusive

La disciplina applicabile in materia di informazione al consumatore rende evidente che, nel settore dei prodotti di gelateria artigianale, la particolarità riguarda l'indicazione sul cartello unico, previsto dal decreto ministeriale 20 dicembre 1994, degli ingredienti con proprietà allergeniche.

È noto che in sede comunitaria il problema dell'informazione sugli allergeni nei prodotti alimentari è stato a lungo discusso prima di essere risolto con la citata direttiva n. 2003/89.

Come è risaputo, l'allergia alimentare (già nota ad Ippocrate nel 400 avanti Cristo), provocata dalla ingestione di alimenti e, in determinati casi, dal solo contatto con gli stessi, determina una reazione più o meno intensa del nostro sistema immunitario che si scatena entro un termine brevissimo dall'assunzione dell'alimento allergenico (o dal suo contatto). La reazione immunitaria può avere conseguenze di diversa gravità sui soggetti che soffrono di allergie. In alcuni casi, per fortuna molto rari, possono esservi anche effetti letali.

Diversamente dall'allergia alimentare, l'intolleranza alimentare non determina reazioni immunitarie e, quindi, non provoca conseguenze così gravi nel soggetto che ne è affetto. Essendo legata a disfunzioni dell'organismo, è generalmente dipendente dalla quantità consumata dell'alimento che provoca l'intolleranza.

In ogni caso, grazie alla direttiva comunitaria n. 2003/89, correttamente trasposta nelle leggi nazionali, si può concludere che la sicurezza dei prodotti alimentari appare oggi adeguatamente assicurata all'interno di tutti gli Stati membri dell'Unione europea anche con riferimento agli allergeni.

Fausto Capelli

⁹ V. sul punto A. GERMANÒ, *La normativa di riferimento sugli ingredienti allergenici e sull'obbligo della loro etichettatura*, in *Riv. dir. agr.*, 2007, p. 387. La precauzione cui si fa riferimento nel testo si giustifica in considerazione della tecnica comunemente impiegata dai diversi produttori artigianali di gelato. Nei negozi artigianali, infatti, i diversi tipi di gelato vengono preparati usando la stessa macchina "mantecatrice", con la conseguenza che, passando da un tipo di gelato all'altro, alcune sostanze ("tracce") utilizzate in un gelato finiscono per ritrovarsi in quello successivo. È quindi necessario che sul cartello unico la presenza di tali "tracce" venga indicata, aggiungendo, eventualmente, in un registro tenuto a disposizione dei consumatori, ulteriori particolari sulla inevitabilità di tale presenza. Se tutti i consumatori vengono avvisati è ovvio che il consumatore allergico saprà come evitare le conseguenze indesiderate.

RECENSIONI

Eleftheria Neframi, *Les accords de la Communauté européenne: aspects communautaires et internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 711, € 120,00

Nell'ordinamento giuridico comunitario quali sono le competenze nella conclusione degli accordi internazionali? Quali i poteri della Comunità europea e degli Stati membri? Entro quali limiti la Comunità europea e gli Stati membri esercitano le rispettive competenze come previste dai trattati istitutivi? Come viene operata la ripartizione di competenze nell'ordinamento giuridico comunitario? L'Autore dell'opera qui recensita, professore di diritto pubblico dell'Università di Parigi 13, provvede a fornire le risposte a tali quesiti distinguendo a seconda che si consideri la Comunità europea un'entità a struttura federale o una Confederazione di Stati.

L'Autore esamina, in particolare, quali siano i casi in cui si deve ricorrere alla conclusione degli accordi misti nonché quali siano le caratteristiche di questi ultimi e il loro regime giuridico.

L'Autore sottolinea come la pratica degli accordi misti, ossia di quegli accordi conclusi e ratificati tanto dalla Comunità europea quanto dagli Stati membri, necessiti di un coordinamento sotto il profilo giuridico. La conclusione degli accordi misti si basa sul fatto che le materie oggetto di tali accordi rientrano sia nell'ambito delle competenze comunitarie, sia in quello delle competenze statali, con la conseguenza che gli accordi misti si presentano come atti convenzionali *sui generis* che sollevano questioni particolari in relazione all'estensione e alla validità dei vincoli convenzionali, nonché ai limiti della responsabilità internazionale. Nello stesso tempo, il regime giuridico degli accordi misti condiziona sul piano internazionale la loro posizione nell'ordinamento giuridico comunitario.

La giurisprudenza recente della Corte di giustizia di Lussemburgo fornisce, attraverso l'applicazione del principio del dovere di lealtà, precise indicazioni per classificare giuridicamente gli accordi misti, senza peraltro risolvere la complessità dei problemi relativi.

L'Autore, nel proprio lavoro – molto accurato sia dal punto di vista del diritto comunitario sia da quello del diritto internazionale –, ha svolto le proprie ricerche sulla base dell'esame specifico della giurisprudenza comunitaria pronunciata in materia nonché della prassi seguita dalla Comunità europea e dagli Stati membri. L'analisi degli accordi misti e lo studio della dottrina sull'argomento hanno infine consentito all'Autore di ricostruire i fondamenti teorici posti alla base degli accordi misti.

Il volume è strutturato in due parti: la prima analizza gli accordi misti come atti giuridici convenzionali *sui generis*, mentre la seconda parte esamina gli accordi misti come trattati internazionali soffermandosi, in particolare, sugli effetti obbligatori da essi disposti nei confronti della Comunità europea e degli Stati membri.

Il volume appare di indubbia utilità per gli studiosi e per i ricercatori del diritto comunitario e del diritto internazionale.

Enrica Adobati

Hanno collaborato a questo numero:

ADELINA ADINOLFI, *Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Firenze*

ENRICA ADOBATI, *Avvocato in Novara; Cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

ANGELO FERRARO, *Dottore di Ricerca in Diritto Civile / Università "Mediterranea" di Reggio Calabria*

MASSIMO FRAGOLA, *Professore associato di Diritto dell'Unione europea / Università della Calabria*

LEONARDO PASQUALI, *Ricercatore di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Pisa*

RENZO ROSSOLINI, *Professore associato di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Parma*

SERGIO VENTURA, *Già Direttore alla Commissione europea*

ARTICOLI

LE COMPETENZE DELL'UNIONE EUROPEA NEL TRATTATO DI LISBONA

Sommario: **1.** *La delimitazione delle competenze dell'UE secondo il principio di attribuzione* - **2.** *La clausola di flessibilità e i poteri impliciti* - **3.** *Le competenze dell'UE: esclusive, concorrenti e di sostegno/coordinamento/completamento dell'azione degli Stati membri* - **4.** *L'esercizio delle competenze dell'UE: esigenze da rispettare e principi di sussidiarietà, di prossimità e di proporzionalità.*

1. La delimitazione delle competenze dell'UE secondo il principio di attribuzione

Il Trattato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 modifica il Trattato sull'Unione europea (qui di seguito «TUE») e il Trattato che istituisce la Comunità europea, il quale ultimo assume anche il nuovo nome di Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (qui di seguito «TFUE»)¹. Il Trattato di Lisbona, tra le varie innovazioni rispetto ai testi precedenti, provvede *a.* ad una migliore delimitazione delle competenze dell'Unione europea (qui di seguito «UE»), *b.* ad una precisazione del fondamento di tale delimitazione, *c.* ad una classificazione delle competenze stesse e, infine, *d.* ad una più accurata definizione del fondamento del loro esercizio. Ci occuperemo specificamente di ciascuno di questi aspetti.

¹ Sul Trattato di Lisbona, citiamo solo, da ultimo, R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 21 ss.; M. FRAGOLA, *Osservazioni sul Trattato di Lisbona tra Costituzione europea e processo di "decostituzionalizzazione"*, in questa *Rivista*, 2008, p. 205 ss., cui rinviamo per gli ampi riferimenti bibliografici, tra cui J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, Il Mulino, 2007, e il numero speciale di *Sud in Europa*, dedicato alla riforma di Lisbona, anno XI, Bari, febbraio 2008. V. anche A. SANTINI, *Non basta un nuovo Trattato per rilanciare l'Europa*, in *Vita e Pensiero*, n. 1/2008, p. 32 ss.

Anzitutto, l'art. 3, n. 6, TUE specifica che l'UE persegue i suoi obiettivi² «in ragione delle competenze che le sono attribuite nei Trattati» ed il concetto è ripetuto, quasi con le stesse parole, nell'art. 5, n. 2, TUE. In altri termini, gli Stati membri non hanno attribuito all'UE delle competenze di natura generale, ma solo quelle specificamente indicate nei Trattati. Per maggiore chiarezza, l'art. 4, n. 1, TUE, precisa che qualsiasi competenza non attribuita all'UE nei Trattati «appartiene agli Stati membri» e ribadisce tale concetto, sempre con le stesse parole, nell'art. 5, n. 2, TUE. Queste ripetizioni, evidentemente ridondanti, sono sintomo della volontà degli Stati membri che vi sia assoluta chiarezza su questo punto.

In coerenza con questo approccio, che vede le competenze dell'UE delimitate dalle previsioni dei Trattati, l'art. 5, n. 1, TUE, stabilisce, anzitutto, nel «principio di attribuzione» il fondamento di tale delimitazione. Le competenze dell'UE così delimitate vengono poi classificate dal TFUE in competenze esclusive, concorrenti e di sostegno/coordinamento/completamento dell'azione degli Stati membri. Infine, lo stesso art. 5, n. 1, TUE individua nei principi di sussidiarietà e proporzionalità il fondamento dell'esercizio delle competenze stesse.

In base al principio di attribuzione, l'UE, come appena detto, «agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei Trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti» (art. 5, n. 2, TUE). Le competenze dell'UE, quindi, non le spettano a titolo "originario", come avviene per gli Stati sovrani, ma le sono conferite a titolo "derivato", per volontà degli Stati membri, a conferma della natura internazionalistica dell'UE stessa. L'atto emanato da una istituzione dell'UE eccedente le competenze ad essa attribuite sarebbe illegittimo e suscettibile, quindi, di essere dichiarato nullo ai sensi dell'art. 263 TFUE per vizio di incompetenza.

² Gli obiettivi dell'UE, da intendersi come obiettivi comuni degli Stati membri, sono stabiliti dall'art. 3 TUE. Al primo posto troviamo l'obiettivo, formulato in termini molto generali, di promuovere la pace, i valori dell'UE e il benessere dei suoi popoli (art. 3, n. 1, TUE). Seguono una serie di obiettivi più specifici che corrispondono ai principali campi dell'azione dell'UE e ne definiscono i principi ispiratori: *a.* offrire ai cittadini dell'UE uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro la stessa; *b.* instaurare un mercato interno che assicuri uno sviluppo sostenibile dell'Europa basato su una crescita economica equilibrata, sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione, al progresso sociale, ad un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente e alla promozione del progresso scientifico e tecnologico; *c.* istituire un'unione economica e monetaria la cui moneta è l'euro; *d.* intrattenere una rete di relazioni esterne attraverso le quali l'UE possa promuovere i suoi valori, contribuire alla pace, alla sicurezza e allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, all'osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, con particolare riferimento al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite. L'ultimo di tali obiettivi appare, quindi, come la proiezione esterna degli obiettivi che l'UE si pone al suo interno.

L'art. 13, n. 2, TUE applica questo principio alle istituzioni dell'UE, sancendo che «ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai trattati, secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste». Ugual discorso vale per l'obbligo dell'UE di assicurare la coerenza tra le sue varie politiche e azioni, obbligo che va adempiuto «conformandosi al principio di attribuzione delle competenze» (art. 7 TFUE).

2. La clausola di flessibilità e i poteri impliciti

Il principio di attribuzione, però, non è sempre di facile applicazione, in quanto le modalità con cui le competenze dell'UE sono definite nei Trattati variano non poco e spesso tali competenze non sono di agevole individuazione. A volte le competenze stesse sono indicate in maniera specifica, a volte riguardano un'intera materia (come la politica agricola, i trasporti, ecc.) e a volte agli obiettivi fissati dal TUE, molto ampi e spesso generici, non corrispondono l'attribuzione delle specifiche competenze necessarie perché l'UE possa raggiungere gli obiettivi stessi.

A questi problemi si è in parte ovviato sia con l'utilizzo di una specifica norma dei Trattati, la c.d. clausola di flessibilità, sia attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa ai c.d. poteri impliciti.

La clausola di flessibilità è contenuta nell'art. 352, n. 1, TFUE, il quale recita: «Se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri d'azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate». Si tratta di una norma fondamentale, la quale avrebbe potuto a giusto titolo figurare nel TUE piuttosto che nel TFUE. Ai sensi della Dichiarazione n. 41 allegata al testo di Lisbona, gli obiettivi dell'UE per il cui raggiungimento la clausola di flessibilità può essere utilizzata sono, però, solo quelli indicati dall'art. 3, n. 2, TUE (spazio di libertà, sicurezza e giustizia), dall'art. 3, n. 3, TUE (mercato interno) e dall'art. 3, n. 5, TUE (relazioni esterne, ma limitatamente alla politica commerciale comune). La clausola non può, quindi, utilizzarsi esclusivamente per perseguire l'ampio obiettivo della promozione della pace e del benessere dei popoli, di cui all'art. 3, n. 1, TUE, né per l'obiettivo dell'unione economica e monetaria di cui all'art. 3, n. 4, TUE, né, infine, come del resto espressamente prevede l'art. 352, n. 4, TFUE, per le relazioni esterne nel campo della politica estera e di sicurezza comune. In quest'ultimo campo, dove non è nemmeno prevista per l'UE la possibilità in generale di emettere atti legislativi, la cooperazione intergovernativa che lo caratterizza non si presta ad estensioni che non risultino da espliciti accordi

tra gli Stati membri. Inoltre, l'utilizzo della clausola di flessibilità può avvenire solo nel rispetto del principio di sussidiarietà, di cui parleremo tra poco (così, espressamente, l'art. 352, n. 2, TFUE).

L'art. 352 TFUE (nella sua precedente e alquanto diversa formulazione di cui all'art. 308 del Trattato CE) ha cominciato a essere invocato in maniera non occasionale, per giustificare un'azione dell'UE, a partire dal Vertice di Parigi del 19-21 ottobre 1972, ove gli Stati membri auspicarono un maggior ricorso alla norma, anche se essi si riferivano specificamente alle misure necessarie per raggiungere l'unione economica e monetaria. Da quel momento, la clausola di flessibilità ha avuto una utilizzazione crescente, tutte le volte che un'azione comunitaria appariva giustificata dalla necessità di raggiungere gli obiettivi dell'UE, senza che i Trattati prevedessero specifici poteri. L'allora art. 308 del Trattato CE non era ancora soggetto alle strettoie derivanti dal preciso riferimento al «quadro delle politiche definite dai trattati», ma si riferiva solo alla necessità di assicurare «il funzionamento del mercato comune». Così, la norma ha potuto essere chiamata a legittimare l'azione dell'UE nelle più svariate materie, come ad esempio la pesca, i fondi regionali, gli accordi con Stati terzi, lo statuto della società europea, la politica economica e monetaria, la politica sociale, la ricerca scientifica, la politica energetica, la politica industriale, la politica dell'ambiente, la politica del consumatore. Tali materie sono poi state in larga misura inserite tra le competenze dell'UE attraverso le varie modifiche dei Trattati, così che l'utilizzo della clausola di flessibilità ha funto da battistrada per l'allargamento delle competenze dell'UE, poi sanzionato attraverso modifiche dei Trattati stessi.

Il ricorso alla clausola di flessibilità prevede sempre, però, la necessità di una decisione unanime in seno al Consiglio e, quindi, del consenso di tutti gli Stati membri all'allargamento delle competenze dell'UE che ne deriva. Tuttavia, man mano che tale allargamento con riferimento a determinate materie – in un primo tempo attuato attraverso l'utilizzo della clausola di flessibilità – veniva successivamente, come abbiamo appena detto, sanzionato attraverso l'inclusione di tali materie nelle varie modifiche dei Trattati, non era più necessario ricorrere alla clausola di flessibilità per giustificare le competenze dell'UE relative alle materie stesse, potendosi invocare, invece, le procedure, spesso comportanti decisioni a maggioranza, previste dalle nuove norme dei Trattati.

D'altra parte, la Corte di giustizia ha sempre chiarito l'esigenza di limitare il ricorso alla clausola di flessibilità – e, quindi, alla regola dell'unanimità – ai soli casi in cui nessun'altra disposizione del Trattato conferisse agli organi dell'UE, nemmeno implicitamente, i poteri necessari per adottare un atto³. In coerenza con questo atteggiamento, la Corte di giustizia, con una serie di im-

³ Così espressamente, ad esempio, nella sentenza del 26 marzo 1987 in causa n. 45/86, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1987, p. 1493 ss.

portanti sentenze, ha iniziato a delineare una versione comunitaria della nota teoria dei poteri impliciti, elaborata per la prima volta dalla Corte Suprema degli Stati Uniti per permettere alle autorità federali di adottare atti la cui emanazione era implicita nel riconoscimento alle autorità stesse dei loro *enumerated powers*, ovvero dei poteri loro concessi in maniera tassativa (e quindi non suscettibili di interpretazione estensiva). Tali sentenze risalgono già al periodo in cui esisteva solo la CECA⁴ e sono poi continuate in campi al di fuori di quello carbosiderurgico, come, ad esempio, in quello delle relazioni esterne⁵, per arrivare alla sentenza nel caso *Massey-Ferguson*⁶, dove la Corte ha formulato chiaramente il principio per cui, nel diritto comunitario, se viene attribuita una competenza, essa comporta anche il potere di adottare le misure indispensabili per assicurare un esercizio efficace e appropriato di tale competenza, e ciò senza necessità di ricorrere alla clausola di flessibilità. Nel caso di specie, la Corte ritenne che, avendo il Consiglio il potere di fissare i dazi della tariffa doganale esterna comune, esso aveva anche il potere di fissare con regolamento il valore in dogana delle merci (anche se tale competenza non era espressamente prevista dal Trattato), poiché chi può fissare un'imposta ha anche implicitamente il potere di fissare la base imponibile. Tale potere, sostenne la Corte, derivava al Consiglio già dall'allora art. 26 del Trattato CE (che abilitava, appunto, il Consiglio, con decisioni a maggioranza qualificata, a modificare la tariffa doganale comune) e non richiedeva l'utilizzo della clausola di flessibilità, che comporta decisioni all'unanimità da parte del Consiglio.

Da quanto sopra risulta che non è la clausola di flessibilità a riconoscere nell'ambito dell'UE i c.d. poteri impliciti, come si è a volte in passato ritenuto. Tali poteri, infatti, per loro stessa natura, rifiutano di farsi esplicitare in una norma, e tantomeno di farsi disciplinare con un'apposita procedura di voto, come invece fa l'art. 352 TFUE. Tale norma, in verità, non esclude la possibilità di autonoma e indipendente applicazione della teoria dei poteri impliciti nell'ordinamento dell'UE.

Sia la clausola di flessibilità, che l'applicazione dei poteri impliciti, trovano, però, un limite costituito dal fatto che l'azione dell'UE, per essere giustificata in base all'una o all'altra, deve risultare necessaria al raggiungimento di uno degli obiettivi dell'UE, nel quadro delle politiche definite dai Trattati. Pertanto, né l'art. 352 TFUE, né la teoria dei poteri impliciti possono essere invocati per allargare l'azione degli organi dell'UE «al di là dell'ambito generale risultante dal complesso delle disposizioni dei Trattati» (così, espressamente, la Dichiarazione n. 42 allegata al testo di Lisbona). La Corte di giusti-

⁴ Sentenza del 16 luglio 1956 in causa n. 8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique c. Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, in *Raccolta*, 1955, p. 201 ss.

⁵ Sentenza del 31 marzo 1971 in causa n. 22/70, *AETS*, in *Raccolta*, 1971, p. 263 ss.

⁶ Sentenza del 12 luglio 1973 in causa n. 8/73, *Massey-Ferguson*, in *Raccolta*, 1973, p. 897 ss.

zia aveva, del resto, già chiarito in maniera inequivocabile⁷ che la clausola di flessibilità non può essere in alcun caso utilizzata «quale base per l'adozione di disposizioni che condurrebbero sostanzialmente, con riguardo alle loro conseguenze, ad una modifica del Trattato che sfugga alla procedura all'uopo prevista nel Trattato medesimo», cioè alla procedura di cui all'art. 48 TUE. A tale giurisprudenza della Corte si richiama espressamente la suddetta Dichiarazione n. 42.

Il ricorso alla clausola di flessibilità è divenuto meno frequente negli ultimi tempi, anche a seguito del sostanziale ampliamento delle politiche dell'UE introdotto dalle varie modifiche dei Trattati. In futuro, un ulteriore limite a tale ricorso deriverà senz'altro dall'esplicito riferimento operato ora dall'art. 352 TFUE al «quadro delle politiche definite dai trattati», riferimento che impedirà l'utilizzo della norma per introdurre nuove politiche. Non appare, invece, che l'utilizzo della teoria dei poteri impliciti debba necessariamente incontrare limiti in futuro, anzi l'estensione degli obiettivi e delle politiche dell'UE potrà portare ad una corrispondente estensione delle possibilità di applicazione di tale teoria.

3. Le competenze dell'UE: esclusive, concorrenti e di sostegno/coordi-namento/completamento dell'azione degli Stati membri

Le competenze dell'UE, delimitate sulla base del principio di attribuzione e dei suoi correttivi, possono essere di tre tipi: *a.* esclusive rispetto a quelle degli Stati membri, *b.* concorrenti con le medesime, *c.* di sostegno, coordinamento o completamento dell'azione degli Stati membri. La distinzione tra tali competenze e la loro identificazione è ormai contenuta negli articoli da 2 a 6 TFUE. Tali norme, che avrebbero potuto a giusto titolo figurare nel TUE, hanno posto fine a una serie di incertezze che avevano caratterizzato la precedente dottrina e giurisprudenza in merito, pur lasciando ancora adito a qualche residua ambiguità. D'altra parte esse hanno in parte recepito gli orientamenti emersi nelle pronunce della Corte di giustizia, che si era già sforzata a più riprese di definire le nozioni di competenza esclusiva e competenza concorrente dell'UE in assenza di specifiche disposizioni dei Trattati⁸.

Nei settori nei quali l'UE ha competenza esclusiva, solo l'UE può adottare atti giuridicamente vincolanti. Gli Stati membri possono farlo solo se autorizzati dall'UE o per dare attuazione ad atti dell'UE (art. 2, n. 1, TFUE). Non

⁷ V. parere della Corte di giustizia n. 2/94 del 28 marzo 1996, in *Raccolta*, 1996, p. 1759 ss.

⁸ V., ad esempio, il parere n. 2/91 del 19 marzo 1993, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1061 ss. e il parere n. 1/03 del 7 febbraio 2006, in *Raccolta*, 2006, I, p. 1145 ss. nonché le sentenze del 15 dicembre 1976 in causa n. 41/76, *Donckerwolcke*, in *Raccolta*, 1976, p. 1921 ss. e del 5 maggio 1981 in causa n. 804/79, *Commissione c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 1981, p. 1045 ss.

è possibile per gli Stati membri riappropriarsi delle competenze in questi settori, anche in caso di inattività dell'UE, se non attraverso una modifica dei Trattati. Gli Stati membri conservano, però, la competenza ad emanare atti non giuridicamente vincolanti, quali, ad esempio, raccomandazioni, inviti, ecc.

I settori nei quali l'UE ha competenza esclusiva sono cinque: *a.* unione doganale; *b.* regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno; *c.* politica monetaria per gli Stati membri che hanno adottato l'euro; *d.* conservazione delle risorse biologiche del mare nel quadro della politica comune della pesca; *e.* politica commerciale comune (art. 3, n. 1, TFUE). A tali competenze esclusive si aggiunge quella di concludere accordi internazionali laddove questi sono necessari per l'esercizio delle competenze nei suddetti settori, o altrimenti previsti dai Trattati (art. 3, n. 2, TFUE).

Nei settori nei quali l'UE ha competenza concorrente con quella degli Stati membri, sia l'UE che gli Stati membri possono adottare atti giuridicamente vincolanti. Gli Stati membri, però, non possono più esercitare le loro competenze a partire dal momento in cui l'UE abbia esercitato le proprie. Fanno eccezione i settori della ricerca, dello sviluppo tecnologico e dello spazio, della cooperazione allo sviluppo e dell'aiuto umanitario, in cui l'esercizio della competenza concorrente da parte dell'UE non impedisce agli Stati membri di esercitare la loro (art. 4, nn. 3 e 4, TFUE). Gli Stati membri possono comunque riappropriarsi delle loro competenze in ciascuno di tali settori qualora l'UE abbia cessato di esercitare le proprie, per esempio a seguito della modifica od abrogazione della disciplina comune precedentemente adottata (art. 2, n. 2, TFUE). A questo riguardo, la Dichiarazione n. 18, allegata al testo di Lisbona, ricorda che l'abrogazione di un atto legislativo in una materia in cui l'UE ha competenza concorrente può anche avvenire per meglio rispettare i principi di sussidiarietà e proporzionalità di cui diremo appresso e che, in proposito, il Consiglio può invitare la Commissione, in conformità all'art. 241 TFUE, a presentare proposte nel senso di tale abrogazione. Ad ogni modo, quando gli Stati membri esercitano competenze concorrenti, essi sono sempre tenuti a rispettare l'obbligo di "leale cooperazione" loro incombente ai sensi dell'art. 4, n. 3, TUE, il quale implica rispetto ed assistenza reciproca nell'adempimento dei rispettivi compiti, nonché il dovere da parte degli Stati membri di facilitare l'opera dell'UE e di astenersi da misure che rischino di compromettere la realizzazione dei suoi obiettivi.

L'identificazione delle competenze concorrenti dell'UE ha carattere residuale: ricadono, infatti, nelle competenze concorrenti tutte quelle che non sono esclusive o che non riguardano il sostegno, coordinamento o completamento dell'azione degli Stati membri (art. 4, n. 1, TFUE), pur sempre, però nell'ambito del perseguimento degli obiettivi dell'UE. Comunque, l'art. 4, n. 2, TFUE specifica che l'UE ha competenza concorrente principalmente nei seguenti settori: *a.* mercato interno; *b.* politica sociale; *c.* coesione economica,

sociale e territoriale; *d.* agricoltura e pesca, tranne la conservazione delle risorse biologiche del mare, che ricade tra le competenze esclusive; *e.* ambiente; *f.* protezione dei consumatori; *g.* trasporti; *h.* reti transeuropee; *i.* energia; *l.* spazio di libertà, sicurezza e giustizia; *m.* problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica. Il Protocollo n. 25, allegato al testo di Lisbona, specifica, in senso limitativo, che l'esercizio di competenza concorrente da parte dell'UE copre unicamente gli elementi disciplinati dal relativo atto dell'UE e non l'intero settore.

Nei settori nei quali l'UE esercita, invece, solo una competenza di sostegno, coordinamento o completamento dell'azione degli Stati membri, essa non si sostituisce alla competenza degli Stati membri in tali settori e non può procedere ad un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori stessi (art. 2, n. 5, TFUE). L'art. 6 TFUE individua i settori nei quali l'UE può svolgere tale attività di sostegno, coordinamento o completamento dell'azione degli Stati membri, specificando che quest'attività deve riguardare la "finalità europea" di tali settori e non, quindi la loro dimensione eventualmente solo nazionale. I settori individuati per tale azione dell'UE sono: *a.* tutela e miglioramento della salute umana; *b.* industria; *c.* cultura; *d.* turismo; *e.* istruzione, formazione professionale, gioventù e sport; *f.* protezione civile; *g.* cooperazione amministrativa.

Va, infine, ricordato che le politiche economiche, per espresso disposto dell'art. 5, n. 1, TFUE, restano essenzialmente di competenza dei soli Stati membri, i quali semplicemente coordinano tra di loro tali politiche. L'attività dell'UE si limita all'adozione di "indirizzi di massima" per tali politiche. Questo è coerente con il fatto che, all'adozione di una politica monetaria comune e dell'euro, non ha fatto finora riscontro l'adozione di una politica economica comune, con i problemi che ne derivano e che sono sotto gli occhi di tutti. Infine, per quanto riguarda la politica estera e di sicurezza, nonché la politica di difesa, l'art. 2, n. 4, TFUE specifica che l'UE ha competenza solo nei limiti di quanto previsto dal TUE.

4. L'esercizio delle competenze dell'UE: esigenze da rispettare e principi di sussidiarietà, di prossimità e di proporzionalità

Nella definizione ed attuazione delle sue politiche ed azioni risultanti dall'esercizio delle sue competenze, l'UE deve tenere conto di alcune esigenze, specificate dagli articoli da 7 a 17 TFUE in coerenza con gli obiettivi dell'UE stessa. Tali esigenze sono le più svariate. Esse comprendono *a.* l'eliminazione delle ineguaglianze, nonché la promozione della parità tra uomini e donne; *b.* la lotta alle discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione e le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessua-

le; *c.* la tutela dell'ambiente nella prospettiva della promozione di uno sviluppo sostenibile; *d.* la protezione dei consumatori; *e.* il benessere degli animali in quanto esseri senzienti, ma rispettando nel contempo le norme e consuetudini riguardanti riti religiosi, tradizioni culturali e patrimonio regionale; *f.* il funzionamento dei servizi di interesse economico generale; *g.* la trasparenza nel modo di operare; *h.* la protezione dei dati di carattere personale; *i.* il rispetto dello *status* di cui godono negli Stati membri, chiese, associazioni o comunità religiose, organizzazioni filosofiche e non confessionali. L'indicazione di tali esigenze non pare avere un rilievo meramente politico o programmatico, in quanto un atto dell'UE che andasse nella direzione opposta potrebbe legittimamente essere impugnato dinanzi alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 263 TFUE per violazione dei Trattati.

Oltre alla necessità di rispettare queste esigenze specifiche, su un piano più generale l'esercizio delle competenze dell'UE è sottoposto a due principi regolatori, il principio di sussidiarietà e il principio di proporzionalità. Essi sono definiti dall'art. 5, n. 3 e n. 4, TUE, nonché dal Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, allegato al testo di Lisbona. (qui di seguito chiamato «Protocollo»).

In via generale, il principio di sussidiarietà ha radici nella scienza economica, politica e sociale ed ha una duplice valenza: orizzontale, per quanto riguarda i rapporti tra autorità pubblica e sfera privata, e verticale, per quanto riguarda i rapporti tra i diversi livelli del potere pubblico.

Per quanto riguarda la sussidiarietà orizzontale, essa trova ora un espresso riconoscimento nell'art. 11 TUE, il quale prevede che le istituzioni dell'UE diano ai cittadini e alle associazioni rappresentative la possibilità di far conoscere e scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'UE, mantenendo un dialogo aperto, trasparente e regolare con tali associazioni e con la società civile in generale. La norma fa anche obbligo alla Commissione di procedere ad ampie consultazioni con le parti interessate, per esempio attraverso l'emanazione dei c.d. Libri Verdi, in merito alle proposte di atti legislativi che essa intende formulare. L'obbligo della Commissione è un obbligo di mezzi, non di risultati.

Il principio di sussidiarietà verticale è codificato in molte costituzioni di Stati federali. Ricordiamo, ad esempio, il decimo emendamento della Costituzione degli USA che recita: « *The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people* ». In tali Stati federali il principio risponde all'esigenza di preservare il decentramento dei poteri da una eccessiva invadenza delle autorità centrali. Nella versione adottata nell'ambito dell'UE il principio di sussidiarietà (verticale) pone un criterio per determinare quando l'azione dell'UE si giustifica in alternativa ad un'azione da parte degli Stati membri o delle loro istanze regionali o locali. Esso, pertanto, si applica solo

all'azione dell'UE nei settori che non sono di sua competenza esclusiva, dato che per questi ultimi non è previsto un intervento da parte degli Stati membri. Tale criterio è nel senso che «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» (art. 5, n. 3, TUE). Di conseguenza, l'intervento dell'UE può aver luogo solo se *a.* vi sia la presunzione dell'insufficienza degli Stati membri a risolvere lo specifico problema e *b.* l'intervento dell'UE sia necessario per una migliore soluzione dello stesso. Spetta all'UE dimostrare l'esistenza di queste condizioni, così che, laddove non riesca a farlo, le prerogative sovrane degli Stati devono essere rispettate e l'intervento compete a questi ultimi. In altre parole, nel caso di competenze concorrenti, la regola generale è che l'intervento compete agli Stati membri, mentre quello dell'UE è l'eccezione. Ricordiamo che, secondo l'orientamento espresso dal Consiglio europeo di Edimburgo del 12 dicembre 1992, è esclusa la possibilità per il principio di sussidiarietà di produrre effetti diretti, nel senso di dare la possibilità ai singoli di fare valere dinanzi ai giudici nazionali la violazione di tale principio relativamente all'atto legislativo emanato da una istituzione dell'UE.

L'introduzione del principio di sussidiarietà verticale nell'impianto dell'UE è avvenuta già con il Trattato di Maastricht. Tale introduzione, di per sé fornita di valide giustificazioni, è stata però il frutto di una certa strumentalizzazione del principio stesso da parte di alcuni Stati, i quali, sensibili al rischio di erosione delle proprie prerogative nazionali, ritenevano che occorresse limitare il potere della burocrazia comunitaria e riappropriarsi di alcune competenze. Il principio di sussidiarietà, una volta introdotto, ha finito, però, con l'erosare potenzialmente le competenze dell'organizzazione centrale dello Stato nazionale a favore delle istanze regionali e locali presenti al suo interno (ora espressamente menzionate nel testo dell'art. 5, n. 3, TUE), conseguenza, questa, forse non prevista dagli Stati che avevano originariamente supportato il principio stesso a tutela delle loro prerogative nazionali.

In effetti il principio di sussidiarietà è strettamente connesso con il principio di prossimità, secondo cui le decisioni dell'UE sono prese «il più vicino possibile ai cittadini dell'Unione», come indicato in ben quattro punti dei Trattati: il tredicesimo paragrafo del preambolo del TUE; l'art. 1, comma 2, TUE; l'art. 10, n. 3, TUE ed il primo paragrafo del preambolo del Protocollo. Pertanto, una volta scartato il livello europeo per certe decisioni, potrebbe quello centrale nazionale considerarsi ugualmente inadeguato, a favore del livello regionale o locale. Il principio di sussidiarietà/prossimità opera, quindi, anche nel senso di attribuire competenze a livello regionale o locale, con una corrispondente contrazione delle competenze a livello dello Stato nazio-

nale centrale. Del resto è un dato dell'esperienza comune quello che, almeno in Europa, i più grossi problemi da risolvere per i cittadini sono prevalentemente a livello europeo (politica estera, di difesa, economica) o a livello locale (istruzione, sanità), mentre, nel mondo di oggi, è minore il numero di quelli la cui risoluzione ottimale è a livello degli Stati centrali nazionali.

Il principio di prossimità era già stato introdotto a seguito di una serie di sentenze della Corte di giustizia, le quali hanno autorizzato alcuni Stati membri a mantenere in vita norme parzialmente difformi dalla disciplina comunitaria, in nome dell'esigenza di rispettare determinate peculiarità socio-culturali nazionali o regionali. Era già chiaro, quindi, anche prima del Trattato di Lisbona, che il principio in questione, in connessione con quello di sussidiarietà, poteva essere validamente invocato per rivendicare competenze locali a scapito di quelle centrali nazionali. Attualmente, il riferimento al livello regionale e locale, oltre ad essere definitivamente incluso, come detto, nell'art. 5, n. 3, TUE, qualifica molte norme del Protocollo. A solo titolo di esempio, citiamo l'art. 2 del Protocollo, che impone alla Commissione, prima di formulare la proposta di un atto legislativo, di effettuare ampie consultazioni che tengano conto della eventuale «dimensione regionale o locale delle azioni previste».

Anche il principio di proporzionalità era già stato ricostruito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁹ ed è oggi formulato dall'art. 5, n. 3, comma 2, TUE come segue: «il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati». Tale principio regola l'esercizio di tutte le competenze dell'UE, quindi anche quelle esclusive – cui non si applica il principio di sussidiarietà – assicurando che vi sia corrispondenza tra i mezzi adoperati e il fine da raggiungere. Una delle sue applicazioni è che le istituzioni dell'UE, potendo scegliere, dovranno utilizzare gli atti che comportano minori sacrifici per la sovranità degli Stati, preferendo, ad esempio, un atto non vincolante ad uno vincolante e, nell'ambito degli atti vincolanti, una direttiva ad un regolamento.

Quanto al Protocollo, esso, modificando accordi interistituzionali e altri protocolli precedenti, stabilisce le procedure di attuazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, contemplando un intervento molto incisivo dei Parlamenti nazionali. Anzitutto, ogni proposta di atto legislativo dell'UE (sia che provenga, come spesso avviene, dalla Commissione, che da altre istituzioni dell'UE o da un gruppo di Stati membri) va trasmessa ai Parlamenti nazionali (art. 4 del Protocollo). Tale proposta, ai sensi dell'art. 5 del Protocollo, deve essere dettagliatamente motivata sotto il profilo del rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. Essa deve, in particolare, contenere «elementi circostanziati» che consentano la valutazione del rispetto di tali prin-

⁹ V., ad esempio, le sentenze del 20 febbraio 1979 in causa n. 122/78, *Buitoni*, in *Raccolta*, 1979, p. 677 ss. e del 13 dicembre 1979 in causa n. 44/79, *Hauer*, in *Raccolta*, 1979, p. 3727 ss.

cipi, con indicatori sia qualitativi che, ove possibile, quantitativi, ivi compreso l'impatto finanziario. In altri termini, ogni proposta deve tenere conto della necessità che gli oneri finanziari per l'UE e/o per gli Stati membri siano i meno gravosi possibili e commisurati all'obiettivo da raggiungere. È da ritenersi che il semplice difetto di motivazione al riguardo possa senz'altro condurre all'impugnazione dell'atto dinanzi alla Corte di giustizia per violazione delle forme sostanziali, ai sensi dell'art. 263 TFUE. Al riguardo, la prassi mostra come le motivazioni circa il principio di sussidiarietà o di proporzionalità compaiano nei *considerando* dei vari provvedimenti e siano a volte succinte. La Corte, quando è stata investita del problema, ha mostrato di accontentarsi di tali motivazioni succinte o, a volte, persino implicite¹⁰.

Entro otto settimane dalla trasmissione di una tale proposta ciascun Parlamento nazionale può presentare ai Presidenti delle principali istituzioni dell'UE un «parere motivato» che espone le ragioni che lo inducano a ritenere che la proposta in questione non rispetti il principio di sussidiarietà (la norma – art. 6 del Protocollo – non menziona il principio di proporzionalità). Limitandoci per brevità al solo caso in cui l'atto richieda la procedura legislativa ordinaria, qualora la maggioranza dei Parlamenti nazionali abbia inoltrato tali pareri motivati la proposta deve essere riesaminata dalla Commissione. Il riesame può condurre al mantenimento, modifica o ritiro della proposta stessa. In caso di mantenimento, la Commissione deve spiegare in un parere motivato perché ritiene la proposta conforme al principio di sussidiarietà e sottoporre la questione al Consiglio e al Parlamento europeo. A questo punto, perché la proposta venga abbandonata occorre che il Consiglio o il Parlamento europeo adottino una decisione di non conformità con il principio di sussidiarietà rispettivamente a maggioranza del 55% dei suoi membri o dei voti espressi.

In conclusione, relativamente al mantenimento di una proposta anche in presenza di opposizioni da parte della maggioranza dei Parlamenti nazionali, l'ultima parola spetta al Consiglio o al Parlamento europeo, ciascuno dei quali, ove non vengano raggiunte le maggioranze richieste, può determinare tale mantenimento. Due osservazioni ci sembrano pertinenti al riguardo. Anzitutto, la situazione più sopra prospettata si presta ad originare possibili conflitti tra Parlamento europeo e Parlamenti nazionali, che è sperabile non si verifichino in concreto, ma che non è possibile escludere in astratto, dato che i Parlamenti nazionali rappresentano gli interessi dei cittadini di ciascuno Stato e non quelli generali di tutti i cittadini europei. In secondo luogo, il coinvolgimento dei Parlamenti nazionali in tema di controllo del rispetto del principio di sussidiarietà, che si inserisce nella politica perseguita dal testo di Lisbona di rafforzare il ruolo dei Parlamenti nazionali in relazione al buon funziona-

¹⁰ V., ad esempio, la sentenza del 13 maggio 1997 in causa n. C-233/94, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 2405 ss.

mento dell'UE (v. art. 12 TUE), pare assumere una valenza più formale che sostanziale. Se si aggiunge che il procedimento relativo a tale coinvolgimento è alquanto farraginoso, è dubbio che la norma risulterà di frequente applicazione. Tuttavia, un Parlamento nazionale che ritenesse un atto dell'UE contrario al principio di sussidiarietà può sempre indurre il suo Governo a presentare un ricorso alla Corte di giustizia, come subito diremo.

Venendo al ruolo della Corte di giustizia, relativo al sindacato di legittimità ex art. 263 TFUE per mancato rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, e quindi per violazione dei Trattati, la Corte di giustizia si è mossa finora con molta prudenza, riconoscendo il notevole margine di discrezionalità di cui godono le istituzioni dell'UE nell'apprezzamento delle condizioni relative al rispetto dei due principi e la complessità delle relative valutazioni sul piano politico, economico e sociale. Per il principio di sussidiarietà, la Corte si è limitata ad intervenire relativamente a casi in cui risultasse "lampante" che un'azione a livello dell'UE fosse preferibile ad una azione da parte degli Stati membri¹¹. In relazione al principio di proporzionalità, dopo le prime sentenze menzionate in precedenza, in epoca più recente la Corte ha mostrato qualche riluttanza a sostituire, in materia di rispetto di tale principio, «la propria valutazione a quella del legislatore comunitario», pur riservandosi un controllo circa il rispetto del principio stesso in caso «di manifesta inidoneità di una misura adottata (...) in relazione allo scopo che l'istituzione competente intende perseguire»¹².

Pone fine ora a tutte le incertezze in materia, pur lasciando ancora adito a qualche ambiguità, l'art. 8 del Protocollo, ai sensi del quale la Corte di giustizia si può pronunciare, secondo le modalità previste dall'art. 263 TFUE, su ricorsi per violazione del principio di sussidiarietà da parte di una istituzione dell'UE nell'emanazione di un atto legislativo. Questa competenza della Corte, così ormai espressamente prevista, lascia, però, aperti alcuni interrogativi.

Una prima ambiguità riguarda il fatto che i soggetti menzionati quali possibili ricorrenti sono solo gli Stati e non, quindi, altre istituzioni dell'UE o i singoli, contrariamente a quanto dispone in via generale l'art. 263 TFUE. In particolare, è previsto che uno Stato nazionale possa ricorrere alla Corte anche a nome del suo Parlamento nazionale, dando così a quest'ultimo la possibilità indiretta di fare valere le sue obiezioni ad una proposta, obiezioni eventualmente contenute in un parere motivato che non abbia sortito l'effetto sperato a seguito della procedura di coinvolgimento dei Parlamenti nazionali che abbiamo appena menzionato. Ovviamente, il diritto dell'UE non può entrare

¹¹ V., ad esempio, la sentenza del 9 ottobre 2001 in causa n. C-377/98, *Olanda c. Parlamento e Consiglio*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 7079 ss.

¹² V., ad esempio, la sentenza del 10 dicembre 2002 in causa n. C-491/01, *British American Tobacco*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 11453 ss.

nel merito della disciplina stabilita in ciascuno Stato membro, a livello costituzionale, circa i rapporti tra Parlamento e Governo e, quindi non può imporre ad uno Stato di presentare un ricorso alla Corte qualora lo richieda il Parlamento nazionale. L'art. 8 del Protocollo, infatti, stabilisce che la trasmissione di un ricorso da parte di uno Stato a nome del suo Parlamento avviene «in conformità con il rispettivo ordinamento giuridico interno». D'altra parte, poiché in uno Stato democratico il Governo è sottoposto al controllo politico del Parlamento nazionale, è da ritenere che la norma sortirà in genere l'effetto voluto. Piuttosto è da osservare che tale effetto avrebbe potuto prodursi anche in assenza della esplicita menzione che ne fa l'art. 8 del Protocollo, in quanto il ricorso perviene alla Corte solo dallo Stato membro e poco rileva, ai fini del giudizio sul ricorso stesso, la circostanza che, all'interno dello Stato in questione, sia stato il Parlamento nazionale a richiederne al Governo la presentazione.

Quanto al fatto che l'art. 8 del Protocollo non preveda per le istituzioni dell'UE o per i singoli la possibilità di ricorso alla Corte, non è dato conoscere se la reale intenzione dei redattori della norma era quella di escludere in via definitiva per questi soggetti tale possibilità, nel qual caso la *ratio* della norma appare di difficile comprensione, o se, almeno per quanto riguarda i singoli, l'omissione sia dovuta al fatto che l'inclusione non è stata considerata come necessaria. Può darsi, infatti, che i redattori della norma abbiano ritenuto che gli atti legislativi su cui il controllo della Corte è previsto non riguardino comunque «direttamente ed individualmente» i singoli, come richiede l'art. 263 TFUE per ammetterli al ricorso; tale interpretazione non terrebbe conto, però, del fatto che un atto legislativo può anche essere una decisione, né della giurisprudenza della Corte di giustizia che ha sostanzialmente ampliato la nozione di atto riguardante «direttamente ed individualmente» i singoli. Più problematica appare l'esclusione della possibilità di ricorso per le istituzioni dell'UE.

Un'ulteriore ambiguità della norma del Protocollo in esame è costituita dal fatto che essa non menziona la possibilità di ricorso alla Corte di giustizia per la violazione del principio di proporzionalità. Da un lato, l'omissione dovrebbe considerarsi come intenzionale in un Protocollo che riguarda entrambi i principi, quello di sussidiarietà e quello di proporzionalità, e che menziona espressamente solo per il primo la possibilità di ricorso alla Corte di giustizia. Dall'altro lato, se così fosse, anche in questo caso la *ratio* della norma non apparirebbe chiara, considerata anche la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia in merito al principio di proporzionalità.

Occorrerà, probabilmente attendere, con riguardo a tutte queste ambiguità, gli sviluppi della giurisprudenza della Corte di giustizia relativamente all'art. 8 del Protocollo (che, oggettivamente, avrebbe potuto essere formulato più chiaramente) e ai suoi rapporti con la norma generale dell'art. 263 TFUE.

Va, infine, menzionata un'importante novità introdotta dall'art. 8, comma

2, del Protocollo. Anche il Comitato delle regioni può fare ricorso alla Corte di giustizia ex art. 263 TFUE per violazione del principio di sussidiarietà relativamente ad atti legislativi che richiedono la consultazione del Comitato stesso. Si accoglie, così, anche se con ritardo, la proposta che il Governo tedesco, nel corso dei negoziati che hanno portato al Trattato di Maastricht, aveva inutilmente fatto, nel senso di attribuire all'allora costituendo Comitato delle regioni il potere di ricorrere alla Corte di giustizia per far constatare la violazione del principio di sussidiarietà, nei casi in cui tale violazione incidesse sulle prerogative regionali. Si conferma, altresì, lo stretto rapporto esistente, come prima accennavamo, tra principio di sussidiarietà e principio di prossimità, e l'utilizzo del primo anche nel senso di preservare competenze a livello regionale e locale, a scapito di competenze centrali dello Stato nazionale.

Ugo Draetta*

* Professore ordinario di Diritto Internazionale / Università Cattolica di Milano.

L'ESECUZIONE DELLE DECISIONI DELL'ORGANO DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE NELL'AMBITO DELL'OMC: QUESTIONI APERTE E PROSPETTIVE DI RIFORMA

Sommario: *Introduzione - 1. La verifica dell'esecuzione di raccomandazioni e decisioni - 1.1 L'arbitrato obbligatorio per l'accertamento dell'esecuzione - a. La legittimazione ad agire - b. La determinazione delle misure sottoposte al vaglio del panel - c. Le "normali procedure" di soluzione delle controversie - 1.2 La particolare considerazione degli interessi dei Paesi in via di sviluppo - 1.3 Le proposte di riforma dell'art. 21 della DSU - a. La nuova "compliance panel procedure" - b. La maggiore attenzione alle esigenze dei Paesi in via di sviluppo - 2. L'attuazione delle compensazioni e delle sospensioni di concessioni o di altri obblighi - 2.1 La natura delle contromisure e le principali problematiche connesse alla loro applicazione - a. Le compensazioni - b. Le sospensioni - 2.2 Le proposte di riforma dell'art. 22 della DSU - a. Le compensazioni obbligatorie - b. Le contromisure collettive - c. Le compensazioni monetarie - 3. Il c.d. "sequencing problem" - 3.1 L'ordine di successione procedimentale nella fase esecutiva e il caso delle Banane - 3.2 La prassi degli accordi ad hoc per la soluzione del "sequencing problem" - 3.3 La definitiva soluzione del problema attraverso la riforma dell'Intesa - 4. L'esecuzione delle decisioni del Dispute Settlement Body e la Corte di giustizia delle Comunità europee - 4.1 L'assenza di effetti diretti del diritto OMC nell'ordinamento comunitario - 4.2 L'inviolabilità delle decisioni del DSB dinanzi alle Corti europee: il caso Biret - 4.3 Il caso Van Parys e la giurisprudenza più recente - 4.4 Considerazioni conclusive sul punto.*

Introduzione

La fase esecutiva del procedimento contenzioso regolato dalle norme della *Dispute Settlement Understanding* (DSU) offre molteplici spunti di riflessione e presenta numerose peculiarità che richiamano da tempo l'attenzione della dottrina.

La dettagliata disciplina elaborata dai negoziatori dell'*Uruguay Round* ha consentito di colmare una delle più gravi lacune cui il sistema del commercio

multilaterale soggiaceva nell'era del GATT, quando non erano offerte agli Stati membri adeguate garanzie di adempimento delle decisioni adottate¹. È del tutto evidente che sono proprio le suddette garanzie ad attribuire reale efficacia all'intero meccanismo di soluzione delle controversie². L'esistenza di un complesso procedimento tendente all'accertamento dell'applicazione delle raccomandazioni e all'adozione di appositi rimedi contro la loro mancata attuazione viene infatti generalmente percepita come uno dei punti di forza del sistema nel suo insieme.

Sono tuttavia emersi nella prassi applicativa della relativa disciplina incertezze interpretative ed aspetti problematici, attualmente oggetto di studio e di approfondimento nel corso del negoziato in atto per la riforma degli accordi istitutivi dell'Organizzazione³.

La procedura di esecuzione si suddivide in due fasi principali: una volontaria ed una a carattere coattivo, previste rispettivamente dagli artt. 21 e 22 dell'Intesa.

La prima norma fissa innanzitutto il principio di "*prompt compliance*", il cui rispetto si considera essenziale al fine di assicurare l'efficace soluzione della controversia. Essa si preoccupa però di regolare anche i casi in cui l'adempimento richieda modifiche sul piano normativo interno o altre procedure formali necessariamente implicanti tempi più o meno lunghi di attuazione. In simili ipotesi è prevista la concessione allo Stato interessato di un "ragionevole periodo", la determinazione del quale può avvenire con tre diverse modalità⁴.

Per la soluzione dell'eventuale disaccordo tra le parti a proposito della adeguatezza delle misure adottate ai fini dell'adempimento o della loro conformità con gli accordi contemplati, il quinto paragrafo della norma in esame

¹ A proposito delle debolezze manifestatesi nell'ambito della concreta applicazione della procedura dettata dall'art. XXIII del GATT e del frequente ricorso a sanzioni unilaterali da parte degli Stati membri cfr. A. LIGUSTRO, *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all'OMC*, Padova, Cedam, 1996, p. 248 ss.

² V. P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, Cedam, 2002, p. 601 ss.

³ Come è noto, è in corso un lungo e difficile round di trattative, il c.d. *Doha Round*, che ha lo scopo di compiere una revisione profonda del sistema alla luce delle carenze manifestatesi nel corso degli anni. Posto che l'obiettivo primario dell'Organizzazione consiste nella realizzazione di un sistema di libero commercio, le problematiche etiche e giuridiche di natura non strettamente commerciale (quali quelle attinenti ai problemi dell'ambiente o al rispetto dei diritti dei consumatori, dei lavoratori e dei diritti umani in genere) vengono ignorate quasi del tutto. Questa situazione è stata fonte di numerose critiche che hanno reso col tempo sempre più pressante la necessità di una riforma capace di conferire a simili istanze una maggiore considerazione.

⁴ La prima consiste nella proposta dello Stato membro interessato, che necessita di approvazione da parte del DSB. È possibile anche una individuazione ad opera delle parti di comune accordo tra loro, nonché la rimessione della questione ad un arbitro. L'intero procedimento per la determinazione del ragionevole periodo non dovrebbe eccedere la durata di quindici mesi. Tutte e tre le procedure appaiono comunque eccessivamente complesse e farraginose, contribuendo spesso a favorire anziché impedire inutili dilazioni del procedimento esecutivo. Cfr. P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto*, cit. *supra*, nota 2, p. 602-603.

impone il ricorso alle normali procedure di soluzione delle controversie e, ove possibile, al *panel* originario.

L'esecuzione è oggetto di costante controllo da parte del *Dispute Settlement Body* (DSB), al quale devono essere indirizzati periodici rapporti da parte dello Stato membro interessato. Tale organo è anche tenuto a prendere in considerazione la particolare posizione dei Paesi in via di sviluppo, a favore dei quali devono essere adottate tutte le ulteriori iniziative adeguate alle circostanze.

La seconda delle citate disposizioni, e cioè l'art. 22 dell'Intesa, stabilisce invece i principi e le condizioni, sia sostanziali sia procedurali, per il ricorso ai meccanismi messi a disposizione delle parti al fine di reagire ad una inottemperanza che si protragga oltre lo spirare del ragionevole periodo. Tali meccanismi sono dati, in particolare, dalla compensazione e dalla sospensione di concessioni o di altri obblighi.

La compensazione è una misura spontanea, concessa dallo Stato trasgressore per bilanciare gli effetti dannosi dell'inadempimento. La sospensione è invece una contromisura, attuata dalla parte risultata vincitrice e rimasta insoddisfatta nei confronti di quella soccombente, avente generalmente la forma di un'imposizione tariffaria discriminatoria o comunque di una barriera commerciale d'altro tipo⁵.

Mentre l'oggetto delle compensazioni è determinato di comune accordo dalle parti, la natura e l'entità delle sospensioni sono regolati in dettaglio dall'art. 22, il quale richiede che si faccia riferimento al medesimo settore colpito dagli effetti negativi delle misure illecite e, solo ove ciò risulti impraticabile o inefficace, consente che ci si rivolga ad un diverso settore o ad un diverso accordo (c.d. *cross retaliation*).

La norma impone poi allo Stato che richiede l'autorizzazione a sospendere di conformarsi al criterio dell'equivalenza nella determinazione del livello delle contromisure, che non può superare quello dell'annullamento o del pregiudizio subito a causa dell'illegittimo comportamento dello Stato trasgressore.

Nel caso in cui la parte soccombente contesti l'entità delle sospensioni o lamenti il mancato rispetto dei principi e delle procedure previsti per l'applicazione della *cross retaliation*, è ammesso il ricorso ad un arbitrato vincolante affidato preferibilmente ai membri del *panel* originario.

Tanto la compensazione quanto la sospensione di concessioni o di altri obblighi sono comunque misure provvisorie, delle quali non è in principio

⁵ In generale a proposito della disciplina delle contromisure v. G. ADINOLFI, *L'Organizzazione mondiale del commercio - Profili istituzionali e normativi*, Padova, Cedam, 2001, p. 318 ss.; P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto*, cit. *supra*, nota 2, p. 607 ss.; A. LIGUSTRO, *Le controversie tra Stati*, cit. *supra*, nota 1, p. 544 ss.; G. ADINOLFI, *La soluzione delle controversie nell'OMC e il contenzioso Euro-Statunitense*, in G. VENTURINI (a cura di), *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 203 ss.; M. DISTEFANO, *Soluzione delle controversie nell'OMC e diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2001, p. 30 ss.

consentito l'utilizzo prolungato⁶. Esse sono infatti pur sempre dirette al raggiungimento dell'obiettivo fondamentale del sistema contenzioso, quello di garantire la conformità di tutti gli Stati membri agli obblighi derivanti dalla partecipazione all'OMC.

Fatte queste brevi premesse, si procederà qui di seguito ad analizzare alcuni dei punti critici sollevati dalla concreta applicazione della richiamata disciplina, con particolare attenzione alle pertinenti proposte di emendamento emerse nel corso delle trattative per la riforma dell'Intesa.

La parte iniziale del lavoro sarà quindi dedicata a mettere in luce le questioni lasciate irrisolte dalla regolamentazione del procedimento arbitrale di verifica dell'esecuzione, nonché a rilevare l'insufficienza delle disposizioni dell'art. 21 che pongono trattamenti speciali e differenziati a favore dei Paesi in via di sviluppo. Si passerà poi ad esaminare la natura e le caratteristiche delle contromisure previste dall'art. 22, vagliando le varie ipotesi di modifica del sistema dirette ad accrescerne l'efficacia. Nella parte terza del lavoro ci si rivolgerà all'analisi del c.d. "*sequencing problem*" e dell'incerto rapporto intercorrente tra l'art. 21, par. 5 e l'art. 22 della DSU. Infine si procederà ad ulteriori riflessioni sollecitate dalla prassi delle Corti europee in merito alla possibile applicazione del diritto OMC nelle cause dinanzi a queste pendenti, in particolare quando tale diritto abbia trovato concretizzazione in decisioni di inottemperanza pronunciate dal *Dispute Settlement Body*.

1. La verifica dell'esecuzione di raccomandazioni e decisioni

1.1 *L'arbitrato obbligatorio per l'accertamento dell'esecuzione*

L'arbitrato vincolante previsto dall'art. 21, par. 5, è finalizzato a determinare in maniera oggettiva se lo Stato membro abbia o meno adempiuto alla propria obbligazione di rendere le misure contestate conformi alle disposizioni degli accordi contemplati. Esso realizza quindi un meccanismo di sorveglianza fondato sull'iniziativa della parte che lamenta un mancato o insufficiente adempimento, alla quale viene riconosciuta la possibilità di ottenere in tempi celeri (novanta giorni dal deferimento della questione al *panel*) una decisione sul punto, anziché dover iniziare *ex novo* un secondo procedimento⁷.

⁶ Nell'ambito dei ricorsi senza infrazione l'art. 26 consente eccezionalmente che la compensazione assuma un carattere definitivo nel quadro di una soluzione di reciproca soddisfazione tra le parti. Cfr. P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto*, cit. *supra*, nota 2, p. 608. La sostanziale desuetudine in cui sono caduti i suddetti ricorsi limita comunque l'importanza di questa eccezione.

⁷ La disposizione, introducendo un elemento multilaterale ed obbligatorio nella risoluzione degli eventuali dissidi in ordine all'adempimento, supera il limite cui il sistema soggiaceva nell'era del GATT poiché allora, in assenza di un siffatto meccanismo, l'unica possibile sorveglianza sull'adempimento era riservata alla controparte, in una dimensione puramente bilaterale. Cfr. Y. FUKUNAGA, *Securing Compliance Through the WTO Dispute Settlement System: Implementation of*

Un giudizio di questo genere è indispensabile in quanto, come è noto, le decisioni adottate dal *panel* o dall'*Appellate Body* si limitano in genere a raccomandare allo Stato interessato la modifica della misura ritenuta incompatibile con il diritto dell'OMC in modo tale da renderla ad esso conforme. Solo eventualmente gli organi decidenti procedono a suggerire, in maniera comunque non vincolante, le concrete modalità attraverso le quali raggiungere questo risultato⁸.

Se la prassi ha finora dimostrato la propensione degli Stati a far ricorso alla procedura in esame, essa ha messo anche in luce i diversi punti deboli che la caratterizzano. Le sintetiche indicazioni fornite dal dettato della norma hanno infatti lasciato aperte diverse questioni, tra cui vengono in rilievo in particolare: *a.* la legittimazione ad agire; *b.* la determinazione delle specifiche misure oggetto di valutazione da parte del *panel*; *c.* l'applicazione delle "normali procedure" di soluzione delle controversie nel corso di un giudizio di così breve durata.

a. La legittimazione ad agire

Il primo problema che si pone è quello di individuare quali parti possano avanzare al DSB la richiesta di attivazione della procedura, non essendo possibile trarre indicazioni in proposito dal testo dell'art. 21, par. 5.

Se è chiaro che il ricorrente risultato vittorioso nella controversia originaria è autorizzato a domandare la valutazione delle misure di esecuzione, non altrettanto evidente è la sussistenza di una siffatta legittimazione in capo agli Stati terzi, intervenuti nelle antecedenti fasi del procedimento, o addirittura agli Stati completamente privi di rapporti con il giudizio originario.

Da più parti si ritiene che allo Stato terzo debba essere riconosciuta la legittimazione ad agire poiché l'adozione da parte di un altro Stato membro di determinate misure di attuazione potrebbe comportare per esso una lesione dei diritti di cui è titolare nell'ambito del sistema OMC⁹. È in effetti plausibile

DSB Recommendations, in *Journ. Internat. Econ. Law*, 2006, p. 383-426, p. 404 ss. Per di più, come è noto, le deliberazioni delle Parti Contraenti venivano adottate per *consensus*, per cui era evidente la difficoltà di ottenere una determinazione di non adempimento nell'ambito di tale organismo, in cui sedeva anche la parte tenuta all'esecuzione.

⁸ V. art. 19, par. 1, dell'Intesa. Sia i *panel* che l'*Appellate Body* hanno comunque proceduto a siffatti suggerimenti assai di rado, probabilmente al fine di evitare eccessive intromissioni nelle sovrane determinazioni dei singoli Stati, ai quali spetta in ultima analisi la responsabilità di individuare le concrete misure idonee a dare attuazione alle raccomandazioni del DSB. Cfr. Y. FUKUNAGA, *Securing*, cit. *supra*, nota 7, p. 399-400; P. C. MAVROIDIS, *Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place*, *EJIL*, 2000, p. 763-813, p. 780.

⁹ In tal senso J. E. KEARNS - S. CHANOVITZ, *Adjudicating Compliance in the WTO: a Review of DSU Article 21.5*, in *Journ. Internat. Econ. Law*, 2002, p. 331-352, p. 343-344. Proprio il silenzio della norma, che non limita alle sole parti principali della controversia la possibilità di partecipare al giudizio in esame, è visto dagli Autori come un argomento a favore del riconoscimento di tale legittimazione.

che una misura di esecuzione che rimuova l'annullamento o la limitazione di un beneficio in rapporti bilaterali pregiudichi contemporaneamente i diritti di altri Stati membri non direttamente coinvolti nella vicenda. È ovvio che in tali ipotesi ciascuno Stato leso avrebbe pieno diritto di richiedere la creazione di un *panel* per l'avvio di una separata procedura di accertamento della violazione. Ma è altrettanto ovvio che risulterebbe preferibile per ognuno di essi avvalersi di questo più celere procedimento, in cui tra l'altro i membri del *panel* hanno già familiarità con l'oggetto della controversia.

Vi è tuttavia chi ritiene anomalo il conferimento ai terzi di tale legittimazione a causa del carattere contraddittorio che è proprio del procedimento di risoluzione delle controversie, in cui il ricorrente riveste un ruolo di primo piano nel dare impulso alle diverse fasi della procedura esecutiva¹⁰.

Incerta è anche la possibilità per lo Stato originariamente convenuto di dare avvio al procedimento ex art. 21, par. 5. In tutti i giudizi arbitrali che hanno avuto luogo finora solamente in uno vi è stata l'iniziativa dello Stato tenuto all'esecuzione: si tratta del famoso caso *EC-Bananas III*, in cui fu la Comunità europea, parte resistente dell'originaria controversia, ad innescare la procedura.

Il ricorso della CE nel caso in esame appariva atipico sotto diversi punti di vista. Soprattutto risultava inconsueto il *petitum*. L'istanza avanzata dalla CE prevedeva infatti «the establishment of a panel under Article 21.5 of the DSU with the mandate to find that the above-mentioned implementing measures of the European Communities must be presumed to conform to WTO rules unless their conformity has been duly challenged under the appropriate DSU procedures»¹¹. Ciò che si domandava quindi non era tanto la verifica dell'effettiva idoneità delle misure adottate a dare esecuzione alle decisioni del *panel* e dell'*Appellate Body*, quanto piuttosto la statuizione di una generale "presunzione di conformità" delle medesime fintanto che non fosse stata fornita la prova contraria¹². Si tratta evidentemente di una domanda che esula

¹⁰ Di questo avviso Y. FUKUNAGA, *Securing*, cit. supra, nota 7, p. 409.

¹¹ WT/DS27/40, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, Request for the Establishment of a Panel by the European Communities, 15 December 1998.

¹² «The European Communities submits that Article 23 of the DSU confirms that there is a general principle in the WTO agreements that measures taken by WTO Members are in conformity with their rules unless they have been challenged under the appropriate dispute settlement procedures and proven not to conform». *Ibidem*. V. M. DISTEFANO, *Certezza del diritto ed esecuzione delle decisioni OMC alla luce dei primi arbitrati*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 579-614, p. 593. Le citate determinazioni sono oggetto di richiamo nella recente decisione del caso *US – Continued Suspension*, in cui la CE ha contestato il mantenimento da parte degli Stati Uniti delle contromisure autorizzate dal DSB nonostante la asserita rimozione delle violazioni accertate nel caso degli Ormoni ed in mancanza delle opportune iniziative dirette alla verifica dell'adempimento. Nel rapporto del *panel* si legge infatti: «[i]n *EC – Bananas III (Article 21.5 – EC)*, the panel rejected the EC assertion of a presumption of consistency. In that case, the EC requested the panel to find that its implementing measures "must be presumed to conform to WTO rules unless their conformity has been duly challenged under the appropriate DSU procedures". This position seems largely

dagli stretti limiti entro cui si muove il *panel*, chiamato a verificare esclusivamente «the existence and consistency of implementation measures»¹³. L'organo decidente si limitò pertanto ad affermare di non poter escludere che la parte minacciata dal pericolo di sanzioni commerciali utilizzasse la procedura a fini difensivi, ritenendo tuttavia le informazioni fornite dalla CE insufficienti per l'adozione di una decisione sul punto¹⁴.

Vi sono in effetti voci favorevoli a riconoscere alla parte resistente il diritto di confutare la presunta mancanza di attuazione delle decisioni attraverso il ricorso al procedimento di cui all'art. 21, par. 5, anche al fine di dar modo alla parte stessa di contrastare l'iniziativa dello Stato ricorrente diretta ad ottenere l'autorizzazione a sospendere ai sensi dell'art. 22¹⁵.

La questione si collega al più generale problema del rischio di sovrapposizione tra i due procedimenti, quello di verifica dell'esecuzione ex art. 21, par. 5, e quello di adozione delle contromisure, che verrà affrontato nella terza parte del lavoro. Basti qui notare che il carattere isolato del precedente costituito dal caso delle Banane rende il problema ancora oggi controverso.

b. *La determinazione delle misure sottoposte al vaglio del panel*

Il secondo profilo da considerare attiene alla esatta interpretazione della disposizione di cui al par. 5 dell'art. 21, laddove essa individua come oggetto della verifica compiuta dal *panel* le c.d. «measures taken to comply with the recommendations and rulings». Ci si domanda cioè a quali concrete misure la norma intenda riferirsi.

Le incertezze in proposito investono il problema del giusto rapporto intercorrente tra il procedimento qui in esame e quello precedentemente esperito nell'ambito del giudizio di prima istanza o in sede di appello. È chiaro che il richiamo riguarda in principio le sole misure messe in esecuzione in seguito

similar to the position adopted by the European Communities in the present case, where it claims that the United States will breach Article 23 even if it rebuts the presumption of compliance because it failed to use the right forum to contest it». WT/DS320/R, *United States – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones*, Report of the Panel, 31 March 2008, par. 7.338. I *panellists* hanno concluso asserendo che: «while we agree with the existence of a presumption of good faith compliance, we do not agree with the European Communities that the presumption of good faith that it enjoys may only be rebutted in an Article 21.5 procedure. We find, on the contrary, that this presumption, because it applies to measures taken by all parties, must be rebuttable before this Panel». Par. 7.357, lett. f. Infine, quanto alla questione della legittimazione ad agire, essi hanno affermato: «[n]either do we believe that proceedings under Article 21.5 are open only to the original complainant». Par. 7.355. V. anche WT/DS321/R, *Canada – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones*, Report of the Panel, 31 March 2008.

¹³ Cfr. Y. FUKUNAGA, *Securing*, cit. *supra*, nota 7, p. 406.

¹⁴ Cfr. P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto*, cit. *supra*, nota 2, p. 604.

¹⁵ J. PAUWELYN, *Proposals for Reforms of Article 21 of the DSU*, in F. ORTINO - E. U. PETERSMANN (edited by), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, The Hague, Kluwer Law Internat., 2004, p. 51-59, p. 55-56; J. E. KEARNS - S. CHANOVITZ, *Adjudicating*, cit. *supra*, nota 9, p. 341-343.

all'adozione di un rapporto del *panel* o dell'*Appellate Body*, non invece quelle già contestate nell'ambito del procedimento originario¹⁶.

Nondimeno, dubbi sono sorti in alcuni casi relativamente agli elementi di tali misure considerati conformi alle disposizioni degli accordi OMC e pertanto non bisognevoli di modificazioni o rielaborazioni ad opera dello Stato tenuto all'adempimento. I *panel* hanno a questo proposito avuto modo di chiarire che non possono essere considerate come nuove rivendicazioni quelle aventi ad oggetto aspetti immutati sui quali sia già stata compiuta una verifica nell'ambito della controversia originaria¹⁷.

Al contrario i *panel* e l'*Appellate Body* hanno sempre consentito contestazioni riguardanti misure interamente nuove, a proposito delle quali nasce però l'ulteriore problema di determinare se e quando esse possano a tutti gli effetti considerarsi "taken to comply". Invero, in diversi casi le parti resistenti hanno tentato di mostrare come solo le misure notificate al *Dispute Settlement Body* debbano costituire la base del procedimento davanti al *panel*, mentre le controparti tendevano a definire le misure di adempimento come quelle da loro stesse indicate e denunciate, includendovi anche misure ulteriori rispetto a quelle rese note al DSB¹⁸.

I membri dei *panel*, pur avendo riconosciuto che sono generalmente le parti insoddisfatte a determinare concretamente l'oggetto del procedimento¹⁹, hanno rifiutato di attribuire loro il diritto esclusivo di individuare quali misure

¹⁶ «In principle, a measure which has been "taken to comply with the recommendations and rulings" of the DSB will *not* be the same measure as the measure which was the subject of the original dispute, so that, in principle, there would be two separate and distinct measures». WT/DS70/AB/RW, *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, Appellate Body Report, 21 July 2000, par. 36.

¹⁷ V. ad esempio WT/DS58/AB/RW, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Appellate Body Report, 22 October 2001, par. 89 ss.; WT/DS141/AB/RW, *European Communities – Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India*, Appellate Body Report, 8 April 2003, par. 87 ss.; WT/DS285/RW, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, Panel Report, 30 March 2007, par. 6.16. Permettere alla parte ricorrente nell'arbitrato di contestare misure che hanno già superato il vaglio di conformità in uno stadio antecedente del procedimento equivarrebbe a violare il principio del *ne bis in idem* e costituirebbe una nuova *chance* per reiterare le contestazioni. Per di più, qualora la misura fosse condannata dal *panel*, lo Stato soccombente non avrebbe poi la possibilità di usufruire di un ragionevole periodo per renderla conforme alle disposizioni degli accordi contemplati ai sensi dell'art. 21, essendo così soggetto al rischio di subire la reazione della controparte attraverso la sospensione di concessioni ex art. 22. Cfr. R. WOLFRUM - P. T. STOLL - K. KAISER, *WTO - Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Nijhoff, 2006, p. 514-515.

¹⁸ Ad esempio nel citato caso *Canada-Aircraft*. V. WT/DS70/AB/RW.

¹⁹ «In general, it is the complaining Member in WTO dispute settlement which establishes the scope of the measures before a panel. A "matter" before a panel consists of the "measure(s)" at issue, and the claims relating to those measures, as set out in the request for establishment». WT/DS126/RW, *Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather*, Report of the Panel, 21 January 2000, par. 6.4. Il *panel* non ha però escluso la possibilità che esistano nel caso concreto convincenti ragioni capaci di indurlo a restringere l'ambito delle misure contestate.

siano adottate ai fini dell'adempimento e quali non lo siano, riservandosi al contrario una posizione centrale nel definire i limiti del proprio mandato²⁰.

Simmetricamente gli organi decidenti hanno pure escluso che possa essere la prospettiva dello Stato resistente a limitare l'ambito del loro scrutinio, altrimenti il membro interessato potrebbe eludere il controllo in ordine a determinate misure di esecuzione semplicemente evitando di notificarle al DSB²¹. In effetti, quello dell'individuazione delle misure che si debbono considerare come "esecutive" appare un problema da risolvere non a monte, ma nell'ambito del procedimento di cui all'art. 21, par. 5.

Sembra tuttavia essere emerso dalla prassi un criterio di massima: una misura deve considerarsi come adottata ai fini dell'esecuzione tutte le volte in cui essa appaia «so clearly connected to the Panel and Appellate Body reports concerned, both in time and in respect of the subject-matter, that any impartial observer would consider them to be measures taken to comply»²².

c. *Le "normali procedure" di soluzione delle controversie*

Da ultimo merita attenzione una questione più strettamente procedimentale, relativa all'interpretazione dell'art. 21, par. 5, nella parte in cui richiama «these dispute settlement procedures» per l'espletamento del giudizio arbitrale di verifica dell'adempimento. Non è chiaro se con ciò si sia inteso o meno rinviare all'intera procedura del *panel*, incluse tutte le fasi precedenti e successive al giudizio.

Per quanto attiene allo stadio preliminare, le incertezze riguardano soprattutto la possibilità di far ricorso alle consultazioni bilaterali, disciplinate dall'art. 4 dell'Intesa e dirette al perseguimento di una soluzione amichevole della controversia²³. Nella prassi vengono generalmente svolte delle brevi

²⁰ «Thus, it is clear that it is the Panel, and not the EC, which decides whether the measures cited by India in the request for establishment are to be considered "measures taken to comply" and therefore fall within the purview of this dispute». WT/DS141/RW, *European Communities - Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India*, Report of the Panel, 29 November 2002, par. VI.15.

²¹ Essi hanno rilevato che: «an Article 21.5 panel cannot leave it to the full discretion of the implementing Member to decide whether or not a measure is one "taken to comply". If one were to allow that, an implementing Member could simply avoid any scrutiny of certain measures by a compliance panel». WT/DS18/RW, *Australia - Measures Affecting Importation of Salmon*, Report of the Panel, 18 February 2000, par. 7.10.

²² *Ibidem*. Nei medesimi termini anche WT/DS141/RW, par. VI.13.

²³ A tale proposito l'*Appellate Body* ebbe modo di affermare che «as a general matter, consultations are prerequisite to panel proceedings» intendendo ragionevolmente riferirsi anche ai procedimenti di cui all'art. 21, par. 5. WT/DS132/AB/RW, *Mexico - Anti-Dumping Investigation of High Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States*, Appellate Body Report, 22 October 2001, par. 58. Tuttavia lo stesso Organo di appello chiari che «the DSU explicitly recognizes circumstances where the absence of consultations would *not* deprive the panel of its authority to consider the matter referred to it by the DSB. In our view, it follows that where the responding party does not object, explicitly and in a timely manner, to the failure of the complaining party to request

consultazioni prima dell'inizio del procedimento, senza però portare a termine un ciclo completo che risulterebbe incompatibile con il limite di soli novanta giorni entro cui il *panel* è tenuto a far circolare il proprio rapporto²⁴. La necessità di rispettare il suddetto limite di tempo ha anche costretto i *panel*, nella maggior parte dei casi, ad evitare l'invio alle parti del rapporto interinale²⁵, nonché a procedere ad un solo incontro con le parti e con i terzi²⁶.

Per quanto riguarda invece il secondo grado di giudizio, posto che la norma non fa alcun riferimento alla possibilità di contestare in sede di appello la decisione del *panel*, nei primi arbitrati tale possibilità venne radicalmente negata. Tuttavia in seguito il diritto di appello ha trovato un riconoscimento, se pur implicito, da parte dall'*Appellate Body* e la garanzia del doppio grado di giudizio si è con il tempo sedimentata e consolidata²⁷. È appena il caso di notare che la duplicazione del procedimento esecutivo ha finito per potenziare considerevolmente le manovre dilatorie a disposizione dello Stato soccombente a tutto discapito delle esigenze di speditezza dei procedimenti²⁸.

Vale la pena osservare conclusivamente che l'aver affidato la questione relativa alla verifica dell'efficacia delle misure di esecuzione al *panel* originario, o comunque ad un organo indipendente, per di più prevedendo il ricorso alle normali procedure di risoluzione delle controversie, rende il giudizio ana-

or engage in consultations, the responding party may be deemed to have consented to the lack of consultations». Par. 63.

²⁴ V. R. WOLFRUM - P. T. STOLL - K. KAISER, *WTO*, cit. *supra*, nota 17, p. 515-516.

²⁵ Si tratta del rapporto finale comunicato alle parti prima della sua diffusione ufficiale per dare loro modo di esprimere le proprie considerazioni ed eventualmente richiedere la revisione di specifici aspetti.

²⁶ In proposito viene ad emergere un ulteriore problema, relativo all'applicazione nel procedimento in esame della disposizione contenuta all'art. 10, par. 3 dell'Intesa, secondo cui «third parties shall receive the submissions of the parties to the dispute to the first meeting of the panel». In un normale procedimento di prima istanza ciò significa che i terzi non hanno diritto di ricevere le successive memorie di risposta, redatte dalle parti in occasione della seconda riunione del *panel*. Non è chiaro come la norma operi all'interno di un procedimento come quello ex art. 21, par. 5 e in particolare se i terzi debbano anche qui ricevere solo le prime difese o se debbano essere informati di tutta la documentazione del caso. La questione è stata ripetutamente sollevata dalla Comunità europea e decisa in modo non sempre concordante dai diversi *panel*. In numerosi casi essi hanno ritenuto che i terzi avessero diritto di ricevere esclusivamente le prime difese. Si vedano ad esempio WT/DS126/RW, WT/DS18/RW, WT/DS108/AB/RW, *United States – Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations"*, Appellate Body Report, 14 January 2002. In altre occasioni essi sono giunti ad opposte conclusioni, argomentando la decisione sulla base di una particolare interpretazione dell'art. 10, par. 3, il cui scopo sarebbe quello di permettere ai terzi «to participate in an informed and, hence, meaningful, manner in a session of the meeting with the parties specifically set aside for that purpose. Third parties can only do so if they have received all the information exchanged between the parties before that session». WT/DS103/RW, WT/DS113/RW, *Canada – Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products*, Report of the Panel, par. 2.34. Cfr. D. PALMETER – P. C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in The World Trade Organization Practice and Procedure*, Cambridge, 2004, Cambridge University Press, p. 256-258.

²⁷ I primi casi nei quali l'Organo di appello ha dato il proprio consenso all'impugnazione dei rapporti arbitrali sono stati i cosiddetti "*aircraft-subsidy cases*". V. WT/DS70/AB/RW, WT/DS46/AB/RW, *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft*, Appellate Body Report, 21 July 2000. Cfr. R. WOLFRUM - P. T. STOLL - K. KAISER, *WTO*, cit. *supra*, nota 17, p. 516.

²⁸ P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto*, cit. *supra*, nota 2, p. 607.

lizzato capace di fornire una valutazione ponderata ed oggettiva. Bisogna riconoscere che il procedimento all'atto pratico ha dato buoni frutti soprattutto dimostrando la propria capacità di fungere da opportuno incentivo per le parti nella ricerca di una soluzione concordata della questione. Tuttavia, in un'ottica di ulteriore valorizzazione dell'efficienza e dell'effettività dello stesso, sarebbe auspicabile che i membri del *panel*, dopo aver accertato l'insufficienza dell'adempimento, procedessero a suggerire allo Stato interessato i modi in cui ottemperare alle raccomandazioni ai sensi dell'art. 19²⁹. Invero, tanto il *panel* quanto l'*Appellate Body* si trovano in questa fase in una posizione ben più favorevole per effettuare tale tipo di suggerimenti grazie al maggior numero di informazioni che hanno a disposizione per essersi venute a sommare nel corso delle varie fasi del procedimento.

1.2 *La particolare considerazione degli interessi dei Paesi in via di sviluppo*

Tralasciando una serie di altre problematiche, pur rilevanti, sollevate dalla prassi applicativa dell'art. 21, riteniamo opportuno soffermarci sulla questione della concreta attuazione di cui sono state oggetto le specifiche disposizioni dettate dalla norma a favore dei Paesi in via di sviluppo.

L'art. 21 contiene tre diversi riferimenti ai suddetti Paesi e risponde evidentemente all'intento di garantire loro una adeguata considerazione nell'ambito particolare del procedimento esecutivo. Il par. 2 della disposizione stabilisce innanzitutto che «[p]articular attention should be paid to matters affecting the interests of developing country Members with respect to measures which have been subject to dispute settlement».

I par. 7 ed 8 dispongono inoltre quanto segue: «[i]f the matter is one which has been raised by a developing country Member, the DSB shall consider what further action it might take which would be appropriate to the circumstances. If the case is one brought by a developing country Member, in considering what appropriate action might be taken, the DSB shall take into account not only the trade coverage of measures complained of, but also their impact on the economy of developing country Members concerned».

²⁹ È quanto è accaduto nel primo ricorso alla procedura di cui all'art. 21.5 da parte dell'Ecuador nel caso delle Banane. In occasione del secondo procedimento di verifica delle misure di attuazione, la CE ha fondato le proprie difese sulla circostanza che tali misure corrispondessero appunto ai suggerimenti adottati dal precedente *panel*. Il recente rapporto conclusivo ha però affermato in proposito che: «[w]hile suggestions are issued by panels or the Appellate Body under Article 19.1, any measure to implement such suggestion is taken by a Member, and the conformity with the covered agreements of such measures will depend on the actual implementation of the suggestion by the Member in question». WT/DS27/RW2/ECU, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, Second Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador, Report of the Panel, 7 April 2008, par. 7.247. Cfr., in senso favorevole all'ipotesi prospettata nel testo, Y. FUKUNAGA, *Securing*, cit. *supra*, nota 7, p. 405; D. PALMETER – P. C. MAVROIDIS, *Dispute*, cit. *supra*, nota 26, p. 258.

Mentre queste due ultime previsioni hanno ricevuto scarsissima considerazione nella prassi, la prima è stata frequentemente invocata dai Paesi in via di sviluppo nell'ambito di procedimenti arbitrali instaurati ai sensi dell'art. 21, par. 3 per la determinazione del ragionevole periodo. Essi miravano, attraverso tale richiamo, ad ottenere la concessione di un periodo più lungo entro il quale dare attuazione alle decisioni³⁰.

In altre ipotesi, all'opposto, la medesima disposizione è stata utilizzata da un Paese in via di sviluppo in posizione di ricorrente per giustificare la richiesta di un periodo più breve in modo da eliminare rapidamente gli effetti pregiudizievoli delle misure in discussione³¹.

Per lo più gli arbitri si sono mostrati riluttanti a prendere in considerazione la citata disposizione ai fini della determinazione del ragionevole periodo. Essi, pur sottolineando in generale l'importanza delle esigenze dei Paesi membri con maggiori difficoltà economiche, hanno chiarito come non sia sufficiente la posizione di Paese in via di sviluppo in quanto tale a legittimare la concessione di periodi più o meno lunghi per l'esecuzione, richiedendo invece alle parti interessate di dimostrare l'esistenza di un loro interesse *particolare* in tal senso³².

³⁰ Cfr. WT/DS87/15, WT/DS110/14, *Chile - Taxes on Alcoholic Beverages*, Arbitration under Article 21.3(c) of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Award of the Arbitrator, 23 May 2000, par. 20 ss.; WT/DS155/10, *Argentina - Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, Arbitration under Article 21.3(c) of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Award of the Arbitrator, 31 August 2001, par. 20 ss. Le richieste dell'Argentina e del Cile non hanno avuto però esito positivo. Nel caso *Indonesia-Autos*, invece, l'arbitro si è avvalso della norma citata per estendere il periodo di attuazione di 6 mesi. V. WT/DS54/15, WT/DS55/14, WT/DS59/13, WT/DS64/12, *Indonesia - Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, Arbitration under Article 21.3(c) of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Award of the Arbitrator, 7 December 1998, par. 24.

³¹ V. ad esempio WT/DS246/14, *European Communities - Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, Arbitration under Article 21.3(c) of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Award of the Arbitrator, 20 September 2004; WT/DS268/12, *United States - Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina*, Arbitration under Article 21.3(c) of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Award of the Arbitrator, 7 June 2005; WT/DS285/13, *United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, Arbitration under Article 21.3(c) of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Award of the Arbitrator, 19 August 2005.

³² Si è chiesto agli Stati di dimostrare «not simply their positions as developing countries, but also "severe" or "dire" economic and financial situations». WT/DS207/13, *Chile - Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products*, Arbitration under Article 21.3(c) of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Award of the Arbitrator, 17 March 2003, par. 56. Si noti che nel caso in esame entrambe le parti in causa erano Paesi in via di sviluppo. Nella controversia *EC-Tariff Preferences*, si è richiesta alle parti la dimostrazione del fatto di essere «particularly affected, as developing country Members by (...) implementation of the recommendations and rulings». WT/DS246/14, par. 59. In questo caso, tra l'altro, anche la Comunità europea, parte resistente, aveva invocato la disposizione in esame, affinché si tenesse conto degli interessi di Paesi terzi, rispetto ai quali le misure contestate risultavano particolarmente favorevoli. Gli arbitri hanno comunque evitato di pronunciarsi sulla possibilità che l'art. 21, par. 2 possa applicarsi anche a Stati terzi, limitandosi a rilevare l'insufficiente dimostrazione da parte della CE del particolare interesse di questi ultimi. V. WT/DS265/33,

Più in generale si può notare che la partecipazione dei Paesi in via di sviluppo al meccanismo di risoluzione delle controversie si presenti come assai difficoltosa³³. Vero è che negli ultimi anni Stati come l'India o il Brasile, nonché alcuni tra i Paesi dell'America centrale, hanno dimostrato una maggiore propensione all'utilizzo del sistema, tuttavia lo stesso non può dirsi riguardo ai Paesi meno avanzati³⁴.

Gli ostacoli che si frappongono alla loro partecipazione al suddetto meccanismo sono molteplici, non ultimo quello rappresentato dai costi del contenzioso, spesso sostanzialmente proibitivi per Paesi dalle capacità economiche limitate³⁵.

Occorre poi tener presente che spesso, a dispetto di una vittoria "giudiziarica", è il Paese più povero a subire i principali effetti negativi della lite³⁶. Ci limitiamo qui ad accennare alle ragioni che sono alla base di una simile circostanza, date soprattutto dall'impossibilità di adottare contromisure con valore retroattivo e di ottenere un risarcimento delle perdite imputabili alla violazio-

WT/DS266/33, WT/DS283/14, *European Communities – Export Subsidies on Sugar*, Arbitration under Article 21.3(c) of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Award of the Arbitrator, 28 October 2005.

³³ Già sotto la vigenza del GATT 1947 il problema era stato affrontato. Ne è testimonianza la cosiddetta "*Decision on the Procedures under Art. XXIII*" del 5 aprile 1966, che prevede una serie di procedure semplificate e di deroghe alla ordinaria disciplina. Essa trova tuttora applicazione se lo Stato membro in via di sviluppo lo richiede nell'ambito di una concreta controversia.

³⁴ Per quanto riguarda la situazione dei Paesi africani v. V. MOSOTI, *Africa in the First Decade of WTO Dispute Settlement*, in *Journ. Internat. Econ. Law*, 2006, p. 427-453, p. 433 ss. Un recente documento presentato dal Messico alla Sessione Speciale del DSB contiene poi alcune interessanti statistiche: su un totale di 295 controversie sorte in seno all'OMC fino al giugno del 2003 197 (61%) hanno preso avvio su iniziativa di Stati sviluppati, 125 (39%) su iniziativa di Paesi in via di sviluppo e nessuna su impulso di Paesi meno avanzati. TN/DS/W/90, *Diagnosis of the Problems Affecting the Dispute Settlement Mechanism*, 16 July 2007. Tra questi ultimi il primo Stato a dare avvio ad un procedimento contenzioso è stato il Bangladesh nel 2004.

³⁵ Le risorse necessarie per l'avvio e la prosecuzione di un meccanismo di soluzione delle controversie sofisticato come quello proprio dell'OMC si sono infatti rivelate ingenti. Si stima che la media delle spese legali di ogni reclamo sia compresa tra i 300.000 e i 400.000 dollari USA. V. P. ZEJAN - F. BARTELS L., *Be Nice and Get Your Money-An Empirical Analysis of World Trade Organization Trade Disputes and Aid*, JWT, 2006, p. 1021-1047, p. 1026.

³⁶ Ricordiamo ad esempio il caso *US-Cotton Yarn*, in cui il Pakistan, risultato vincitore nei confronti degli Stati Uniti, dinanzi al DSB riunito per approvare la condanna della misura USA contestata, ha denunciato il carattere meramente simbolico della propria vittoria legale. Il rappresentante pakistano al DSB ha in proposito affermato: «[u]nder Article 3.2 and 3.3 of the DSU, the main function of the DSU was to preserve rights and obligations of Members under the WTO Agreement and to ensure a prompt settlement of the disputes. However, in this case, DSU has been used to deny a Member its right under the ATC and to delay the settlement of a dispute so as to provide protection to domestic producers while lengthy proceedings had taken their course. Thus, the procedures to enforce WTO law seemed to have been turned into a mechanism to escape WTO law». WT/DSB/M/112, *Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 5 November 2001*, 4 December 2001, par. 23. In effetti, i tempi del procedimento che aveva accertato l'illegittimità della normativa erano venuti praticamente a coincidere con la durata massima che una legittima misura di salvaguardia sui prodotti tessili può avere in base all'Accordo OMC sui tessili e sull'abbigliamento (tre anni). Il Pakistan non ha quindi potuto recuperare i proventi che avrebbe ricavato se avesse venduto, come era suo diritto, i prodotti tessili sul mercato americano.

ne del diritto, riservandoci di tornare estesamente sul punto nella seconda parte del lavoro.

In generale l'obiettivo del raggiungimento, da parte dei Paesi in via di sviluppo, di una posizione di effettiva uguaglianza rispetto a quelli avanzati appare ben lontano dall'essere stato centrato. Ciò nondimeno alcune iniziative in questo senso sono state adottate. Tra queste emerge soprattutto l'istituzione nel 2001 a Ginevra di un apposito centro destinato a fornire ai membri bisognosi l'assistenza necessaria per difendere efficacemente i propri diritti. Si tratta dell'*Advisory Centre on WTO Law* (ACWL), un organismo intergovernativo indipendente dall'Organizzazione, creato per offrire supporto ai Paesi meno sviluppati e a quelli con economie in transizione (in posizione di ricorrenti, resistenti o terzi nell'ambito delle procedure di risoluzione delle controversie) e per fornire loro consulenze sul diritto dell'OMC. Esso inoltre contribuisce economicamente a sostenere parte delle spese della lite a vantaggio dei Paesi più poveri.

Una ulteriore possibilità che si prospetta al fine di far fronte alle problematiche dei Paesi medesimi è quella di coinvolgere, a sostegno delle loro pretese e in aiuto alle loro carenze economiche, le organizzazioni non governative. Tuttavia, come è stato correttamente osservato, benché alcune delle organizzazioni "no-global" più radicali abbiano avuto finora un discreto successo nell'attirare l'attenzione della politica e dei *media* sulle sistematiche disuguaglianze all'interno del sistema OMC, non vi è ancora stata una concomitante evoluzione di organizzazioni complementari in grado di utilizzare le proprie risorse per realizzare quel supporto tecnico-legale di cui i Paesi in via di sviluppo hanno bisogno³⁷.

1.3 *Le proposte di riforma dell'art. 21 della DSU*

Il negoziato per la riforma della *Dispute Settlement Understanding* ha avuto inizio ben prima dell'avvio del c.d. *Doha Round* e si protrae ormai da oltre dieci anni³⁸. Benché non siano stati ancora raggiunti dei risultati concreti, i lavori svolti in seno alla Sessione Speciale del DSB sono stati fecondi di numerose ed importanti proposte, ciascuna delle quali sollecita correzioni ed

³⁷ Cfr. C. P. BOWN - M. HOEKMAN, *WTO Dispute Settlement and the Missing Developing Country Cases: Engaging the Private Sector*, in *Journ. Internat. Econ. Law*, 2005, p. 861-890, p. 881-882.

³⁸ Già nella Conferenza Ministeriale di Marrakech si era stabilito che gli Stati membri dovessero procedere ad una revisione dell'Intesa entro il termine del 1° gennaio 1999. Il DSB ha iniziato i lavori alla fine del 1997, tenendo una serie di discussioni informali sulla base delle proposte e delle questioni sollevate dai membri. Tuttavia, nonostante l'estensione del termine fino al giugno del 1999, non è stato possibile raggiungere il *consensus* necessario sui risultati della revisione. È stata poi la nota Dichiarazione di Doha ad imprimere nuovo impulso alle trattative. V. WT/MIN(01)/DEC/1, *Ministerial Declaration*, 14 November 2001, par. 30.

emendamenti relativamente a tutte le fasi del procedimento di soluzione delle controversie³⁹.

Lo studio di tali proposte si presenta come particolarmente interessante in quanto chiarisce quali fra le molteplici questioni interpretative ed applicative emerse dalla prassi, i singoli Stati abbiano sentito come maggiormente rilevanti. Già ad un primo sguardo appare evidente come proprio le problematiche attinenti alla fase esecutiva abbiano attratto in modo particolare l'attenzione dei negoziatori. Intendiamo quindi offrire una panoramica generale dello stato dei lavori, almeno con riferimento alle specifiche questioni alle quali si è fatto fin qui riferimento: *a.* la riforma dell'art. 21, par. 5 attraverso la creazione di una nuova "*compliance panel procedure*"; *b.* la necessità di garantire maggiore attenzione alle esigenze dei Paesi in via di sviluppo.

a. La nuova "compliance panel procedure"

L'indeterminatezza della disciplina relativa all'arbitrato obbligatorio per la verifica delle misure esecutive ha indotto da tempo gli Stati membri a richiederne una maggiore specificazione attraverso l'introduzione nel testo dell'Intesa di un nuovo art. 21 *bis*. La proposta era inclusa in un documento presentato congiuntamente da un nutrito gruppo di Stati presso la Conferenza Ministeriale di Seattle⁴⁰. Essi prospettavano appunto la totale cancellazione del testo attualmente vigente dell'art. 21, par. 5 e la sua sostituzione con un separato articolo, rubricato *determination of compliance* e destinato a regolamentare le varie fasi della cosiddetta "*compliance panel procedure*".

Gli emendamenti proposti non poterono tuttavia essere adottati in quella sede. Come è noto, il contrasto tra l'atteggiamento tenuto dai Paesi in via di sviluppo e quello fatto proprio dalla compagine dei Paesi avanzati in ordine alle linee da percorrere per il futuro allargamento dei negoziati commerciali, impedì una fruttuosa conclusione della sessione e ne impose la sospensione anticipata il 3 dicembre 1999⁴¹. Le idee di fondo elaborate nel citato documento sono comunque state riprese da successive proposte avanzate presso la Sessione Speciale del DSB, tra cui particolarmente quella europea e quella giapponese.

³⁹ Cfr., tra gli altri, J. H. JACKSON, *Dispute Settlement and the WTO: Emerging Problems*, in J. H. JACKSON, *The Jurisprudence of GATT & the WTO*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 168-192; T. A. ZIMMERMANN, *Negotiating the review of the WTO dispute settlement understanding*, London, Cameron May, 2007.

⁴⁰ Si trattava dei seguenti Stati: Canada, Costa Rica, Repubblica Ceca, Ecuador, Comunità europea e suoi Stati membri, Ungheria, Giappone, Corea, Nuova Zelanda, Norvegia, Perù, Slovenia, Svizzera, Tailandia e Venezuela.

⁴¹ Per una più approfondita esposizione delle ragioni che condussero al fallimento della Conferenza Ministeriale di Seattle rinviamo a E. E. MURPHY, *The lessons of Seattle: learning from the failed third WTO Ministerial Conference*, in *Transnat'l Law.*, 2000, p. 273-288; E. VRANES, *The WTO after the Seattle Ministerial Conference*, in *Verwaltung aktuell*, 2000, p. 242-247.

Per quanto riguarda gli aspetti specifici della indicata disciplina, rileva innanzitutto la soluzione delle incertezze a proposito della individuazione dei soggetti legittimati ad agire nel procedimento in esame. Tanto il documento di Seattle quanto le due citate proposte attribuivano infatti espressamente il diritto a richiedere la costituzione del *panel* alla *sola* parte ricorrente⁴². La ragione di una simile restrizione sembra doversi ricavare dalla lettura delle ulteriori modifiche prospettate in relazione all'art. 22. Le proposte suggerivano infatti l'introduzione di un nuovo paragrafo nella citata disposizione al fine di attribuire allo Stato soccombente, nel caso in cui fossero state applicate nei suoi confronti delle sanzioni, la possibilità di chiederne la cessazione dimostrando di aver dato adempimento ai propri obblighi nel corso di un apposito procedimento⁴³. Essendo stato stabilito che, in caso di disaccordo tra le parti a proposito della adeguatezza delle misure adottate dopo l'attuazione di sospensioni, il suddetto procedimento avrebbe dovuto svolgersi nelle forme dettate dall'art. 21 *bis*, le proposte eliminavano ogni necessità di legittimare la parte interessata a chiedere l'istituzione di un "*compliance panel*" già nella fase antecedente il ricorso a contromisure. La soluzione adottata appare comunque eccessivamente restrittiva poiché esclude del tutto la possibilità di un ricorso al *panel* ad opera degli Stati terzi⁴⁴.

Quanto poi alla individuazione delle misure oggetto di valutazione nel procedimento in esame, pur non chiarendo affatto i dubbi relativi alla nozione di "*measures taken to comply*", le proposte miravano ugualmente ad attribuire un ruolo di primo piano alla parte ricorrente. Esse prevedevano infatti concordemente che: «the complaining party shall identify the specific measures at issue and provide a brief summary of the legal basis of the complaint, sufficient to present the problem clearly»⁴⁵.

Il documento europeo presenta poi alcune peculiarità relativamente a specifici aspetti della disciplina. In primo luogo, a proposito della possibilità di svolgere consultazioni tra le parti in una fase preliminare rispetto al giudizio, la proposta avanzata a Seattle e quella del Giappone si limitavano a richiamare l'opportunità di dare avvio ad uno scambio di pareri durante il de-

⁴² V. WT/MIN(99)/8, Proposed Amendment of the Dispute Settlement Understanding, 22 November 1999, Annex, par. 4; TN/DS/W/1, Contribution of the European Communities and its Member States to the Improvement of the WTO Dispute Settlement Understanding, 13 March 2002, Amendment of Certain Provision of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, par. 23; TN/DS/W/22, Negotiation on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding, 28 October 2002, Attachment, par. 4.

⁴³ Il suggerito par. 9 avrebbe dovuto avere il seguente tenore: «[a]fter the DSB has authorized the suspension of concessions or other obligations pursuant to paragraph 6 or 7 of this Article, the Member concerned may request a termination of such authorization on the grounds that it has eliminated the inconsistency or the nullification or impairment of benefits under the covered agreements identified in the recommendations or rulings of the DSB». WT/MIN(99)/8, Annex, par. 8.

⁴⁴ In questo senso J. PAUWELYN, *Proposals*, cit. *supra*, nota 15, p. 56.

⁴⁵ V. WT/MIN(99)/8, Annex, par. 4.

corso del ragionevole periodo⁴⁶. La Comunità europea, dal canto suo, sosteneva invece la necessità di rendere tali consultazioni obbligatorie. Si poneva però a questo punto l'ulteriore problema di garantire alle parti il tempo necessario allo svolgimento di questa fase supplementare della procedura. Il par. 2 del prospettato art. 21 *bis* era quindi così concepito: «[t]he complaining party may request consultations under this Article at any time after: (i) the Member concerned states that it does not need a reasonable period of time for compliance pursuant to paragraph 3 of article 21; (ii) the Member concerned has submitted a notification pursuant to paragraph 6(c) of Article 21 that it has complied with the recommendations or rulings of the DSB; or (iii) *30 days* [corsivo in luogo di sottolineato, *n.d.r.*] before the date of expiry of the reasonable period of time; whichever is the earlier»⁴⁷.

Con le previsioni appena menzionate si intendeva quindi garantire il rispetto di un periodo minimo antecedente l'avvio del procedimento, la cui durata poteva variare a seconda dei casi. Il testo proposto proseguiva statuendo che: «[t]he Member to which the request is made shall, unless otherwise agreed, reply to the request within five days after the date of its receipt and shall enter into consultations in good faith within 20 days from the date of circulation of the request so as to allow third parties to request to join the consultations»⁴⁸. Come si vede la CE fissava termini precisi entro i quali dare risposta alla richiesta di consultazioni, nonché la possibilità per i terzi interessati di entrare a farne parte.

Nel complesso le soluzioni prescelte appaiono ragionevoli. Utile è soprattutto la possibilità data alle parti di procedere a discussioni e chiarimenti in merito alle misure di attuazione, una possibilità alla quale esse potrebbero eventualmente rinunciare ove la ritenessero superflua⁴⁹.

⁴⁶ Il par. 5 dell'art. 21, così come emendato su suggerimento del gruppo dei quindici membri, avrebbe dovuto stabilire semplicemente che: «[d]uring the reasonable period of time, each party shall accord sympathetic consideration to any request from another party for consultations with a view to reaching a mutually satisfactory solution regarding the implementation of the recommendations or rulings of the DSB». *Ibidem*, par. 2.

⁴⁷ TN/DS/W/38, *Contribution of the European Communities and its Member States to the Improvement and Clarification of the WTO Dispute Settlement Understanding*, 23 January 2003, par. 27. Nella originaria proposta il termine da ultimo previsto era dieci giorni prima dello spirare del ragionevole periodo. La CE provvide a modificarlo alla luce di contestazioni e controproposte nel frattempo avanzate da altri Stati membri: «[t]he original EC proposal was referring to consultations to be held before compliance panels under Article 21.5. The EC noted that some Members consider that this could unnecessarily delay the process. The EC remains convinced that meaningful consultations should take place before a request for the establishment of a compliance panel; nevertheless, in order to address the above concern, it suggests to provide for the possibility of requesting these consultations 30 days prior to the end of the RPT. Since the EC has proposed that consultations should be held within 20 days, this implies that (as in the Japanese proposal) a compliance panel could be requested 10 days prior to the end of the reasonable period of time». *Ibidem*.

⁴⁸ TN/DS/W/1, *Amendment of Certain Provision of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, par. 23.

⁴⁹ Cfr. J. PAUWELYN, *Proposals*, cit. *supra*, nota 15, p. 54.

Una ulteriore diversità tra le proposte analizzate riguarda l'appellabilità delle decisioni emesse dai *panel*. Mentre il documento presentato a Seattle non prevedeva nulla al riguardo, la CE suggeriva invece un espresso riferimento alla impugnabilità dei rapporti. Rilevante era poi la collegata proposta (valida anche nel procedimento ordinario) di attribuire all'Organo d'appello un potere di rinvio, laddove «the report of the panel or compliance panel does not contain sufficient factual findings so as to enable the Appellate Body to resolve the dispute»⁵⁰. La scelta sembra opportuna poiché consentirebbe di evitare inutili reiterazioni dei procedimenti e garantirebbe significativi risparmi di tempo. Essa permetterebbe inoltre di evitare la pratica, in alcuni casi adottata dall'*Appellate Body*, di portare a termine l'analisi degli elementi di fatto condotta in modo incompleto dal *panel*⁵¹.

Le proposte comuni ai documenti analizzati hanno trovato accoglimento nel c.d. "progetto Balás", fatto circolare in via informale dall'allora Presidente dei lavori della Sessione Speciale Péter Balás nel 2003⁵². Il documento faceva proprio il suggerimento di redigere un nuovo art. 21 *bis*, senza però prendere posizione sulla questione delle consultazioni bilaterali. Il disaccordo tra le parti sul punto indusse infatti il Presidente a rinviare l'opzione ad ulteriori fasi del negoziato. Trovava invece accoglimento la proposta relativa alla espressa previsione dell'appellabilità delle decisioni dei *panel*. Il procedimento per la verifica dell'adempimento, così come disegnato dal "progetto Balás", prevedeva quindi un termine di novanta giorni per la circolazione del rapporto finale e, nel caso in cui tale rapporto accertasse l'inadempimento, l'espressa esclusione del diritto ad un ulteriore periodo di tempo per l'esecuzione. Benché esso appaia nel complesso ben congegnato, la mancanza di un consenso sufficientemente esteso tra gli Stati membri a proposito di alcuni aspetti specifici degli emendamenti ne ha impedito fino ad oggi l'approvazione.

b. *La maggiore attenzione alle esigenze dei Paesi in via di sviluppo*

La realizzazione di un vero e proprio trattamento speciale e differenziato nei confronti dei Paesi in via di sviluppo richiederebbe un consistente raffor-

⁵⁰ TN/DS/W/38, par. 21. La CE suggeriva inoltre di inserire nel testo dell'Intesa un nuovo art. 17 *bis* contenente la disciplina del procedimento di rinvio.

⁵¹ Tale pratica non solo risulta potenzialmente in contrasto con i par. 6 e 13 dell'art. 17, ma conduce anche ad un effettivo diniego del diritto di appello. Ancora J. PAUWELYN, *Proposals*, cit. *supra*, nota 15, p. 53-54.

⁵² TN/DS/9, *Special Session of the Dispute Settlement Body, Report by the Chairman, Ambassador Péter Balás, to the Trade Negotiations Committee*, 6 June 2003. Il progetto raccoglieva le proposte avanzate dai membri nel corso dei lavori su numerose questioni tra cui l'ampliamento dei diritti delle parti terze, il rafforzamento dei trattamenti speciali e differenziati riservati ai Paesi in via di sviluppo nonché il perfezionamento di alcuni aspetti attinenti alla fase dell'esecuzione. Un notevole numero di ulteriori proposte, relative ad esempio all'abbreviazione dei tempi delle procedure per determinate controversie o al chiarimento della disciplina degli "*amicus curiae briefs*", non furono invece inserite nel testo a causa dell'assenza di un consenso sufficientemente esteso.

zamento delle disposizioni dettate a loro favore dall'art. 21 dell'Intesa. Sforzi notevoli sono pertanto stati compiuti in questa direzione nel corso del negoziato, al quale i suddetti Paesi hanno sempre partecipato attivamente⁵³.

La maggior parte delle proposte da questi avanzate conteneva un riferimento all'importanza della disposizione di cui al par. 2 della norma in esame ed insisteva per la sostituzione del verbo "*should*" con "*shall*", in modo tale da renderne obbligatoria l'applicazione⁵⁴. Anche alcuni Stati industrializzati, tra cui in particolare la Comunità europea, hanno mostrato di ritenere necessaria una simile riforma, che ha trovato quindi accoglimento nel testo del "progetto Balás".

È stata inoltre prospettata la possibilità di dettare norme speciali per le controversie in cui un Paese in via di sviluppo assuma la parte di resistente nei confronti di uno Stato avanzato. In particolare si è suggerita in tali ipotesi l'automatica concessione di periodi più lunghi per l'adempimento, che non dovrebbero comunque scendere al di sotto dei quindici mesi⁵⁵.

Addirittura si è ipotizzata da parte di alcuni Stati l'istituzione di una procedura *ad hoc* per l'espletamento del giudizio arbitrale di verifica dell'adempimento quando sia coinvolto un Paese in via di sviluppo, con la attivazione delle consultazioni bilaterali in favore di quest'ultimo e con un aumento dei normali termini di durata del giudizio⁵⁶. Quando invece lo Stato più debole si

⁵³ Cfr. V. MOSOTI, *Africa*, cit. *supra*, nota 34, p. 441 ss.

⁵⁴ V. ad esempio TN/DS/W/19, *Negotiations on the Dispute Settlement Understanding, Special and Differential Treatment for Developing Countries*, 9 October 2002, proveniente dai seguenti Stati: Cuba, Honduras, India, Indonesia, Malesia, Pakistan, Sri Lanka, Tanzania and Zimbabwe; nonché TN/DS/W/47, *Dispute Settlement Understanding Proposals: Legal Text*, 11 February 2003, presentato dall'India per conto di: Cuba, Repubblica Dominicana, Egitto, Honduras, Giamaica e Malesia. I Paesi del Gruppo Africano hanno suggerito di sostituire l'attuale testo della norma con il seguente: «[i]n this regard, notwithstanding any finding of inconsistency of measures with a covered agreement, the DSB, if requested by the developing-country Member and fully taking into account the findings of the panel or Appellate Body, as well as the reports of relevant development institutions where appropriate, on the development implications of the issues raised in the dispute, may recommend arbitration in accordance with Article 25 for purposes of drawing up an adjustment programme under which the developing-country Member will gradually implement the recommendations and ruling». TN/DS/W/42, *Text for the African Group Proposals on Dispute Settlement Understanding Negotiations*, 24 January 2003, par. VII. La medesima proposta ipotizzava anche la costituzione di un fondo che potesse sostenere parte delle spese del giudizio a favore dei Paesi in via di sviluppo e meno avanzati.

⁵⁵ V. «if the defending party is a developing Member and the complainant, a developed Member [corsivo in luogo di sottolineato, *n.d.r.*], i. RPT: 15 months should be considered as normal RPT and if the measure at issue is change of statutory provisions or change of long held practice/policy (like QRs/BOP), RPT should be two to three years and panels/AB should indicate requirement of more RPT». TN/DS/W/19, par. III; «a. if the party complained against is a developing country Member and the complaining party, a developed country Member, i. the reasonable period of time under paragraph 3 this Article below should normally not be less than 15 months. If the measure at issue requires change of statutory provisions or change of long held practice/policy, the reasonable period of time should be at least two years. The arbitrator under paragraph 3 (c) of this Article may indicate, where the situation warrants, the requirement of a reasonable period of time beyond two years». TN/DS/W/47.

⁵⁶ «21.5 Procedures: Consultations (...) should be considered as mandatory; time for completion of 21.5 Panel proceedings should be increased from 90 days to 120 days; and the panel should

trova in posizione di ricorrente nei confronti di un Paese avanzato, il ragionevole periodo non dovrebbe eccedere i quindici mesi e il rispetto dei limiti di durata del giudizio del *panel* dovrebbe essere sempre garantito⁵⁷.

Il gruppo dei Paesi meno avanzati, da ultimo, ha consigliato di inserire una esplicita menzione nei propri riguardi tanto nel par. 2 quanto nei par. 7 e 8 dell'art. 21⁵⁸.

Sia quest'ultimo suggerimento sia quello relativo alla sostituzione del termine "*should*" con "*shall*", consistendo in modifiche testuali di limitata rilevanza, sono probabilmente destinati al successo. Al contrario, le altre più articolate e significative proposte assai difficilmente potranno trovare concreto accoglimento alla fine del negoziato. Ne è del resto testimonianza il fatto che lo stesso "progetto Balás" abbia riservato ad esse scarsa considerazione.

2. L'attuazione delle compensazioni e delle sospensioni di concessioni o di altri obblighi

2.1 *La natura delle contromisure e le principali problematiche connesse alla loro applicazione*

Quando uno Stato è incapace o restio a dare tempestivo adempimento alle decisioni degli organi di risoluzione delle controversie, la parte interessata ha la possibilità di reagire nei suoi confronti attraverso il ricorso alle contromisure individuate dall'art. 22 dell'Intesa. Tale ricorso è evidentemente concepito come *extrema ratio* e mira esclusivamente ad evitare ulteriori aggravamenti della situazione dello Stato leso e ad esercitare sulla parte inadempiente una pressione tale da indurlo all'ottemperanza. È invece estraneo al sistema qualunque intento di tipo "affittivo" o "punitivo"⁵⁹.

Tale circostanza distingue il regime della responsabilità proprio dell'OMC da quello vigente nel diritto internazionale generale. Due sono infatti gli obblighi principali che conseguono normalmente alla commissione di un illecito internazionale: la cessazione e la riparazione⁶⁰. Mentre la cessazione si

give all due consideration as any normal panel would give to the particular situation of developing-country Members» TN/DS/W/19, par. III.

⁵⁷ «The defending developed-country Member should be given no more than 15 months of RPT in any circumstance; existing 90 days time limit for 21.5 procedures should be observed strictly. In case of delay, it should entail an obligation to compensate for continuing trade losses to the developing-country complainant». *Ibidem*.

⁵⁸ V. TN/DS/W/17, *Negotiation on the Dispute Settlement Understanding*, 9 October 2002, par. 9 ss.; TN/DS/W/37, *Text for LCD Proposal on Dispute Settlement Understanding Negotiation*, 22 January 2003, par. VII.

⁵⁹ V. P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto*, cit. *supra*, nota 2, p. 608; G. ADINOLFI, *L'Organizzazione*, cit. *supra*, nota 5, p. 329 ss.

⁶⁰ Il fondamento della disciplina generale della responsabilità statale per illeciti internazionali

incentra sull'atto illecito di per sé senza far riferimento alle sue conseguenze ed ha efficacia *ex nunc*, la riparazione è normalmente retroattiva poiché mira a compensare danni già verificatisi⁶¹.

Il sistema OMC prevede sì l'obbligo di cessazione, consistente in particolare nel dovere dello Stato di riportare la pratica illecita in conformità con le disposizioni degli accordi contemplati, ma le contromisure predisposte in caso di inottemperanza non contemplano affatto l'idea di una significativa riparazione.

Del resto, si suole ritenere che il sistema delle sanzioni commerciali adottato nell'ambito dell'OMC sia stato disegnato appositamente per impedire ogni ricorso alle regole di diritto internazionale pubblico generale sulla responsabilità degli Stati, configurandosi quindi come un regime "*self-contained*"⁶². Posto che la teoria dei "*self-contained regimes*" può essere accettata solo ponendo adeguati temperamenti (in considerazione del fatto che ogni "sistema normativo" di diritto internazionale riposa pur sempre sull'ordinamento internazionale generale, dal quale ricava la propria validità ed efficacia)⁶³, l'autosufficienza del regime di responsabilità dettato dall'Intesa è comunque dimostrata dal carattere esclusivo dei rimedi predisposti dalla stessa⁶⁴.

L'assenza di qualsiasi intento punitivo riguarda tanto l'istituto della compensazione quanto quello della sospensione di concessioni o di altri obblighi. Per quanto riguarda il primo, infatti, si è scelto di escludere dalla relativa disciplina l'esplicita previsione di forme di compensazione "retroattive", che avrebbero avuto una connotazione più marcatamente sanzionatoria. Ciò pro-

si rinviene nella famosa decisione del caso *Chorzów Factory* del 1927, pronunciata dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale. Alla sentenza è ancora oggi riconosciuta una notevole autorità ed essa viene spesso citata nel passo in cui afferma: «it is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form». *Case concerning the Factory at Chorzów*, 26 July 1927, in *Permanent Court of International Justice*, Series A, No 9, p. 21. Il principio di fondo così fissato è stato oggetto di ulteriore elaborazione nel corso dei lavori della *International Law Commission* (ILC), poi confluiti nel Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti illeciti internazionali adottato nel 2001.

⁶¹ Il Progetto della ILC stabilisce in proposito quanto segue: «[t]he responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act. Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State». *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, A/56/10, November 2001, art. 31. Il capitolo II del Progetto è invece dedicato alla disciplina delle contromisure, le quali rispondono al precipuo scopo di indurre lo Stato colpevole a ripristinare la conformità con le proprie obbligazioni internazionali.

⁶² E esso avrebbe quindi valenza di *lex specialis* rispetto alle norme del Progetto, ai sensi dell'art. 55 del testo medesimo. Il carattere "*self-contained*" dell'ordinamento normativo dell'Organizzazione troverebbe conferma nell'obbligo di ricorrere alle procedure dell'Intesa e nel divieto di contromisure unilaterali previsti dall'art. 23 della DSU. V. G. ADINOLFI, *L'Organizzazione*, cit. *supra*, nota 5, p. 320 ss.

⁶³ Viene cioè offerta dalla dottrina una diversa interpretazione del concetto di regime "*self-contained*", definito come un sistema che, pur caratterizzandosi per la presenza di una disciplina speciale, tiene comunque conto del diritto internazionale generale. Cfr. M. DISTEFANO, *Soluzione*, cit. *supra*, nota 5, p. 209 ss.; P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto*, cit. *supra*, nota 2, p. 623 ss.

⁶⁴ Ancora P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto*, cit. *supra*, nota 2, p. 632 ss.

tabilmente al fine di preservare il carattere di soluzione "amichevole" della misura, in conformità con la generale preferenza manifestata dall'art. 3, par. 7, dell'Intesa per la ricerca di soluzioni amichevoli delle controversie⁶⁵.

Con riferimento al secondo occorre poi tener presente che il necessario rispetto del principio di equivalenza nella determinazione dell'oggetto e del livello della sospensione non possa che escludere qualunque valutazione di tipo afflittivo. Inoltre, l'art. 22, nello stabilire il carattere temporaneo delle misure, determina il momento in cui queste devono venir meno riferendosi, non al fatto che lo Stato danneggiato abbia ricevuto soddisfazione per i pregiudizi subiti, bensì alla cessazione dello stato di inadempimento. Questa ricostruzione ha trovato accoglimento anche nelle decisioni degli arbitri, in particolare nel caso *EC-Bananas III*, in occasione del quale si è affermato che il carattere temporaneo delle sospensioni «indicates that it is the purpose of countermeasures to induce compliance» e che nulla nella disposizione dell'art. 22 «could be read as a justification for counter-measures of a punitive nature»⁶⁶. Tale assunto è stato poi generalmente ribadito nelle successive decisioni, pur se con qualche eccezione⁶⁷.

Le contromisure messe a disposizione degli Stati membri sono quindi esclusivamente finalizzate a realizzare una *restitutio in integrum*, da intendersi però solo come ripristino dello *status quo ante*, a garanzia del mantenimento, *pro futuro*, delle rispettive opportunità competitive delle parti⁶⁸.

Proprio l'assenza di qualunque forma di risarcimento retroattivo dei danni cagionati alla parte colpita è denunciata come un grave limite del sistema nel suo complesso poiché essa finisce per incentivare lo Stato trasgressore a trascinare la situazione illecita il più a lungo possibile⁶⁹. Volendo a questo

⁶⁵ Cfr. A. LIGUSTRO, *Le controversie*, cit. *supra*, nota 1, p. 546.

⁶⁶ WT/DS27/ARB, *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU, Decision by the Arbitrators, 9 April 1999, par. 6.3.

⁶⁷ Ricordiamo ad esempio il caso *Byrd Amendment*, in cui gli arbitri hanno ritenuto che quello di indurre la controparte ad un sollecito adempimento sia «only one of a number of purposes» e non l'obiettivo principale delle misure. Essi si sono spinti addirittura oltre, paventando la possibilità di ritenere tale fine contrario al principio di equivalenza di cui all'art. 22, par. 4. V. WT/DS217/ARB/EEC, *United States - Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (Original Complaint by the European Communities)*, Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU, Decision by the Arbitrators, 31 August 2004, par. 3.74. Le argomentazioni non appaiono convincenti e sono rimaste isolate nel panorama della giurisprudenza arbitrale dell'OMC. Cfr. T. JÜRGENSEN, *Crime and Punishment: Retaliation under the World Trade Organization Dispute Settlement System*, *JWT*, 2005, p. 327-340, p. 328.

⁶⁸ L'obiettivo generale dell'ordinamento OMC è infatti dato dal mantenimento dell'equilibrio tra i benefici e gli obblighi commerciali di ciascuno Stato membro e non dalla garanzia di realizzazione di determinati volumi di importazioni ed esportazioni. V. P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto*, cit. *supra*, nota 2, p. 600-601.

⁶⁹ La circostanza è stata segnalata dal Messico nella proposta presentata alla Sessione Speciale del DSB: «Mexico considers that the fundamental problem of the WTO dispute settlement system lies in the period of time during which a WTO-inconsistent measure can be in place without the slightest consequence (...) there is currently no mechanism available for a Member challenging a

punto analizzare più nello specifico alcune delle maggiori problematiche collegate alla concreta applicazione delle riparazioni previste dall'art. 22, appare opportuno considerare separatamente le due tipologie di misure: *a.* le compensazioni; *b.* le sospensioni.

a. Le compensazioni

A proposito delle compensazioni preme osservare prima di tutto che queste, almeno da un punto di vista teorico, devono considerarsi preferibili rispetto alle sospensioni di concessioni o di altri obblighi⁷⁰. L'art. 22 prevede quindi come obbligatorio l'avvio delle trattative dirette al raggiungimento di un accordo fra le parti per l'attuazione di compensazioni e, solo in caso di infruttuoso esito delle stesse, ammette la possibilità di ricorso alle sospensioni.

Tuttavia, alle compensazioni si è fatto ricorso assai di rado nella prassi. Esse infatti risultano poco appetibili sia per la parte soccombente ed inadempiente sia per quella vittoriosa ed insoddisfatta.

Dal punto di vista di quest'ultima esse presentano un grave inconveniente: i benefici commerciali che le vengono concessi riguardano settori diversi da quello effettivamente danneggiato dalle misure illecite, il quale non ottiene alcun reale beneficio che possa compensare i pregiudizi subiti⁷¹.

Lo stesso può dirsi simmetricamente dalla prospettiva dello Stato inadempiente. La concessione di compensazioni obbliga quest'ultimo ad aprire alla concorrenza straniera un comparto della propria economia diverso rispetto a quello che beneficia delle illegittime restrizioni. Sarà pertanto un settore privato non coinvolto nelle vicende della controversia a dover pagare il prezzo dell'incapacità del governo di dare adempimento alle proprie obbligazioni internazionali⁷².

Si consideri poi che in Stati che applicano tariffe doganali generalmente ridotte, come è il caso degli Stati Uniti, la compensazione è difficilmente ap-

WTO-inconsistent measure to recover the losses resulting from that measure. Illegal measures may be in place for more than three years before a complaining party can obtain compensation or suspend concessions or other obligations». TN/DS/W/23, *Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding*, 4 November 2002, par. I. Recentemente il Messico ha avanzato una nuova proposta, che ribadisce le precedenti prese di posizione. V. TN/DS/W/91, *Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding*, 16 July 2007. In dottrina cfr., tra gli altri, E. KESSIE, *The "Early Harvest Negotiations" in 2003*, in F. ORTINO - E. U. PETERSMANN (edited by), *The WTO, cit. supra*, nota 15, p. 115-150, p. 142-143; J. PAUWELYN, *Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules- Toward a More Collective Approach*, *AJIL*, 2000, p. 335-347, p. 338-339.

⁷⁰ Si tratta, infatti, di misure che comportano l'apertura dei mercati e che non presentano il problema, proprio invece delle sospensioni, di confliggere con gli scopi di liberalizzazione propri dell'Organizzazione.

⁷¹ Cfr. N. H. YENKONG, *WTO Dispute Settlement System and the Issue of Compliance: Perspectives in the Remedies Against Non-Compliance*, Helsinki, Helsinki University Printing House, 2006, p. 15-16.

⁷² V. M. BRONCKERS - N. VAN DEN BROCK, *Financial Compensation in the WTO- Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement*, in *Journ. Internat. Econ. Law*, 2005, p. 101-126, p. 102 ss.

plicabile. Essi mantengono infatti barriere tariffarie più elevate della media esclusivamente a beneficio dei produttori economicamente (e politicamente) più influenti. Appare perciò davvero difficile immaginare che i governi siano disposti a sacrificare gli interessi di questi produttori stabilendo riduzioni tariffarie in tali settori, gli unici in grado di garantire alla controparte un beneficio compensativo effettivo⁷³. D'altra parte, gli Stati che praticano politiche tariffarie protezionistiche e si dotano quindi di barriere tariffarie più elevate con tutta probabilità offriranno come compensazione il livellamento di queste in settori minori, oggetto di scarso interesse per la controparte.

Un considerevole problema sorge poi dalla disposizione contenuta nel primo paragrafo dell'art. 22, nella parte in cui stabilisce che la compensazione «shall be consistent with the covered agreements». Tale obbligo di conformità complica notevolmente le cose quanto all'individuazione delle misure idonee a compensare i danni subiti dalla parte ricorrente. Ne deriva, infatti, un vincolo al rispetto di principi, quali quello della nazione più favorita, che rendono assai difficile disegnare una misura specificamente vantaggiosa per un *solo* Stato membro. La parte vittoriosa, al fine di ottenere un adeguato beneficio dalla concessione, pretenderà un margine di accesso ben più ampio rispetto a quello che risulterebbe sufficiente qualora la liberalizzazione potesse essere fatta su basi discriminatorie.

Più in generale lo stesso carattere volontario delle compensazioni è lamentato come un elemento di grave debolezza. La circostanza che il consenso dello Stato soccombente sia indispensabile per la loro adozione, di modo che tale Stato può di fatto impedire lo svolgersi delle trattative ed il raggiungimento di un accordo, costituisce senza dubbio un limite forte alla potenziale effettività dell'istituto⁷⁴.

b. *Le sospensioni*

Le sospensioni di concessioni o di altri obblighi presentano problemi applicativi ancor più gravi. Non può non notarsi, prima di tutto, la forza eversiva che esse presentano rispetto ai principi ed agli scopi fondamentali del sistema, poiché mediante il ricorso alle stesse non si fa altro che reagire ad un illecito attraverso l'adozione di una misura altrettanto illegittima. Il fatto di porre limiti e ostacoli al commercio contravviene infatti all'obiettivo principale dell'Organizzazione, che è quello di garantire la massima liberalizzazione degli scambi.

Soprattutto, l'adozione di sospensioni rischia spesso di andare a discapito

⁷³ Si veda in proposito G. N. HORLICK, *Economic Sanctions in the GATT/WTO World Trading System*, in *Bitburger Gespräche*, 2003, p. 111-116, p. 114-115.

⁷⁴ V. M. BRONCKERS - N. VAN DEN BROCK, *Financial*, cit. *supra*, nota 72, p. 103.

della stessa parte richiedente. La restrizione delle importazioni e la conseguente chiusura del mercato a prodotti di provenienza straniera può infatti facilmente trasformarsi in un pregiudizio per le stesse industrie nazionali, per gli importatori e per i consumatori. La circostanza è dimostrata anche dal fatto che più di una volta gli Stati, pur avendo ricevuto autorizzazione dal DSB ad applicare le contromisure, all'atto pratico hanno evitato di farvi ricorso, proprio per timore di subirne le conseguenze negative⁷⁵. Appare quindi evidente che, se la funzione delle sospensioni è quella di esercitare una adeguata pressione sulla controparte per indurla ad adempiere, esse non risultano all'atto pratico idonee al perseguimento del suddetto scopo.

Il problema si acuisce nel caso in cui vi sia una forte disparità economica tra i Paesi coinvolti nella causa. L'utilizzo da parte dei Paesi in via di sviluppo e di quelli meno avanzati dello strumento delle sospensioni nei confronti di Stati dall'economia forte si presenta infatti come particolarmente difficoltoso. Tali Paesi fondano la propria economia sulla produzione di materie prime a basso costo e consumano prodotti provenienti da Stati industrializzati solo in misura limitata.

È evidente che, per essi, la chiusura di parte del mercato interno all'importazione proveniente da Paesi industrializzati comporta problemi ancora maggiori⁷⁶. I Paesi dall'economia debole non hanno la capacità di influenzare i prezzi sul mercato mondiale e non sono in grado di esercitare nei confronti delle controparti commerciali una adeguata pressione che induca queste ultime a conformarsi alle decisioni del DSB. L'inevitabile ineguaglianza economico-politica tra gli Stati membri dell'OMC rende pertanto le riparazioni commerciali sostanzialmente al di fuori della portata degli Stati in via di sviluppo e di quelli meno avanzati⁷⁷.

⁷⁵ V., ad esempio, il caso *Brazil-Aircraft*, nonché il caso *US-FSC*, in cui la CE si è mostrata piuttosto riluttante ad esercitare il proprio diritto ad imporre restrizioni alle importazioni americane anche a causa delle resistenze delle industrie nazionali. Cfr. M. BRONCKERS - N. VAN DEN BROCK, *Financial*, cit. supra, nota 72, p. 102 ss.; C. CARMODY, *Remedies and Conformity under the WTO Agreement*, in *Journ. Internat. Econ. Law*, 2002, p. 307-329, p. 320.

⁷⁶ La circostanza è chiaramente descritta in un documento presentato alla Sessione Speciale del DSB da alcuni Paesi in via di sviluppo: «[t]he economic cost of withdrawal of concessions in the goods sector would have a greater adverse impact on the complaining developing-country Member than on the defaulting developed-country Member and would only further deepen the imbalance in their trade relations already seriously injured by the nullification and impairment of benefits». TN/DS/W/19, par. I.

⁷⁷ Se ne è avuta una chiara conferma nelle difficoltà incontrate dall'Ecuador nel caso delle Banane quanto alla individuazione di adeguate sospensioni da applicare nei confronti della Comunità europea. Gli stessi arbitri chiamati a determinare il corretto livello delle misure dovettero riconoscere che: «[g]iven the difficulties and the specific circumstances of this case which involves a developing country Member, it could be that Ecuador may find itself in a situation where it is not realistic or possible for it to implement the suspension authorized by the DSB for the full amount of the level of nullification and impairment estimated by us in all of the sectors and/or under all agreements mentioned above combined». WT/DS27/ARB/ECU, *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU, Decision by the Arbitrators, 24 March 2000, par. 177. Nel

Inoltre, anche ove questi Paesi riuscissero a superare tali inconvenienti e ad applicare delle misure nei confronti di uno Stato sproporzionatamente più forte, essi si esporrebbero al rischio di incorrere in rappresaglie al di fuori del sistema dell'OMC e di perdere così i benefici previsti da accordi commerciali preferenziali relativi all'assistenza allo sviluppo o all'accesso ai mercati in condizioni di favore⁷⁸.

2.2 *Le proposte di riforma dell'art. 22 della DSU*

Gli elementi di debolezza del regime della responsabilità posto in essere dalle disposizioni dell'Intesa rendono fondamentale la riforma dell'art. 22 in vista della riorganizzazione complessiva del meccanismo di composizione delle controversie. Si tratta infatti di una delle questioni che hanno ricevuto maggiore attenzione nell'ambito delle riunioni della Sessione Speciale del *Dispute Settlement Body*. Le singole proposte avanzate dai diversi Stati membri prendono in considerazione numerosi aspetti della relativa regolamentazione. Si procederà qui di seguito ad analizzare solo alcuni tra gli elementi più rilevanti, con particolare attenzione alle proposte che implicano un significativo ripensamento del sistema di reazione all'inadempimento nel suo insieme e che attribuiscono ad esso una connotazione più propriamente punitiva. Vengono in particolare in rilievo: *a.* la previsione di un sistema di compensazioni obbligatorio; *b.* la creazione di un meccanismo di contromisure collettivo; *c.* l'introduzione di compensazioni di tipo monetario.

a. Le compensazioni obbligatorie

Tra le prime proposte avanzate in sede di negoziato vi è quella, dapprima presentata dall'Ecuador, di rendere obbligatorio il meccanismo della compensazione. In tal modo quest'ultima, lungi dal poter essere ancora definita come «accordo di riparazione per equivalente»⁷⁹, verrebbe a configurarsi come una vera e propria sanzione «imposed by the multilateral system on Members that fail to comply with their obligations»⁸⁰.

La proposta ecuadoriana era molto articolata e prevedeva che il DSB, al

documento contenente le proposte di riforma dell'Intesa presentato alla Sessione Speciale del DSB, l'Ecuador ha ribadito: «by their very nature, trade relations work both ways, with one party importing and another exporting, so suspension would injure the economic agents of the complaining party who have nothing to do with the dispute, as occurred in the banana dispute with the United States. This did not happen in Ecuador precisely because it did not apply the retaliation measures authorized by the DSB». TN/DS/W/9, *Contribution of Ecuador to the Improvement of the Dispute Settlement Understanding of the WTO*, 8 July 2002.

⁷⁸ J. PAUWELYN, *Enforcement*, cit. *supra*, nota 69, p. 338.

⁷⁹ V. A. LIGUSTRO, *La soluzione delle controversie nel sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio: problemi interpretativi e prassi applicativa*, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 1003-1085, p. 1021.

⁸⁰ TN/DS/W/9.

momento dell'adozione del rapporto del *panel* che avesse accertato l'omessa esecuzione, anziché autorizzare la sospensione di concessioni, potesse imporre allo Stato membro interessato l'obbligo di offrire alla controparte adeguata compensazione per i pregiudizi cagionati. In particolare tale Stato sarebbe stato tenuto a predisporre un "pacchetto" di possibili concessioni compensative da sottoporre al DSB, il quale, se le avesse ritenute equivalenti rispetto al livello degli annullamenti e dei pregiudizi, avrebbe provveduto ad approvarle. Anche il gruppo dei Paesi meno avanzati si è espresso a favore di un simile emendamento, limitandosi però ad affermare che: «compensation under Article 22.2 should be made mandatory by the elimination of the phrase "if so requested" in that paragraph»⁸¹.

La proposta diretta alla istituzione di un meccanismo di compensazioni obbligatorie presenta evidentemente dei vantaggi. Essa offre una efficace soluzione al limite cui soggiace attualmente il sistema, il quale lascia alla discrezionalità dello Stato inadempiente la scelta tra offrire compensazioni o affrontare le restrizioni messe in atto dalla controparte. Essa ha pertanto ricevuto consensi anche in dottrina, soprattutto da parte di coloro che ritengono necessario valorizzare lo strumento della compensazione rispetto a quello delle sospensioni di concessioni o di altri obblighi, in virtù del suo carattere non restrittivo del commercio⁸².

L'introduzione di un elemento coercitivo nel meccanismo delle compensazioni, con l'eliminazione del necessario consenso di entrambe le parti coinvolte, solleva il problema della determinazione "autoritativa" delle concessioni commerciali. A parte il ricorso al «*compensation package*», prospettato dall'Ecuador, un'altra possibile via consiste nel disegnare un meccanismo analogo a quello già esistente per le sospensioni, prevedendo una autorizzazione del DSB su richiesta dello Stato interessato ed il ricorso ad un arbitrato obbligatorio in caso di contestazione ad opera della controparte.

Poiché il parametro di riferimento per la determinazione delle compensazioni dovrebbe comunque essere costituito dal livello dell'annullamento o del pregiudizio causato dalla pratica illegittimamente mantenuta in essere, la proposta si collega ai suggerimenti avanzati dagli Stati membri a favore di una anticipata individuazione dei suddetti livelli⁸³. Più in generale essa deve esse-

⁸¹ TN/DS/W/17, par. 13.

⁸² Cfr. J. PAUWELYN, *Enforcement*, cit. *supra*, nota 69, p. 346; A. ROSAS, *Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective*, in *Journ. Internat. Econ. Law*, 2001, p. 131-144, p. 144. Non mancano comunque voci contrarie. V., ad esempio, Y. FUKUNAGA, *Securing*, cit. *supra*, nota 7, p. 412-413. L'Autore teme che un meccanismo di compensazioni obbligatorie possa impedire l'interazione tra le parti per la ricerca di una soluzione amichevole della lite, con un conseguente ed inopportuno irrigidimento del sistema.

⁸³ In questo senso si è espresso ancora una volta l'Ecuador, ipotizzando un nuovo par. 3 *bis* dell'art. 21 dal seguente tenore: «[w]here the Member concerned cannot comply immediately with the recommendations and rulings of the DSB, at any moment prior to the invocation by a complaining party of Article 22.2 and as from the meeting of the DSB referred to in paragraph 3 above

re messa in relazione con l'ulteriore possibilità, che sarà trattata in seguito, di instaurare un sistema di compensazioni monetarie. In effetti sembra che in sede di negoziato questa seconda soluzione abbia finito per richiamare maggiori attenzioni. Ciò è dovuto probabilmente al fatto che essa è stata considerata dagli Stati interessati (e segnatamente dai Paesi in via di sviluppo) più idonea alla realizzazione di quel rafforzamento dell'istituto della compensazione ritenuto indispensabile per trasformare lo stesso in uno strumento efficace di garanzia dei propri diritti.

b. *Le contromisure collettive*

Una ulteriore proposta, capace anch'essa di introdurre nel regime della responsabilità previsto dall'Intesa una connotazione maggiormente sanzionatoria, riguarda la possibilità che *tutti* gli Stati membri, e non la sola parte ricorrente, siano autorizzati dal DSB ad adottare contromisure contro un Paese inadempiente. Si verrebbe così ad introdurre nel sistema una forma di azione collettiva, tale da superare il problema oggi rappresentato dal fatto che la sola parte ricorrente debba accollarsi integralmente sia i costi del giudizio sia quelli dell'applicazione di contromisure che potrebbero rivelarsi inefficaci.

La possibilità di prevedere un sistema di contromisure collettive appare particolarmente vantaggiosa per i Paesi dall'economia più debole ed ha trovato accoglimento in numerose proposte provenienti da tali membri in sede di negoziato. In particolare il gruppo dei Paesi Africani ha suggerito che tutti i membri dell'OMC siano autorizzati a sospendere collettivamente concessioni a discapito di uno Stato sviluppato che non adempia alle proprie obbligazioni nei confronti di un Paese in via di sviluppo. Per essi l'entità delle sospensioni dovrebbe essere comunque determinata in ossequio al principio di equivalenza rispetto al livello dell'annullamento o del pregiudizio⁸⁴.

I Paesi meno avanzati hanno ripreso la medesima proposta assumendo

in which the Member concerned informs the DSB of its intentions in respect of implementation of the recommendations and rulings, a complaining party may request arbitration to determine the annual level of nullification or impairment caused by the non-compliance of the Member concerned». TN/DS/W/33. V. anche, TN/DS/W/1, par. II, lett. B; nonché la proposta messicana, secondo cui il procedimento arbitrale potrebbe addirittura iniziare durante lo svolgimento del giudizio di fronte al *panel*: «[o]ne way of achieving this goal would be to "incorporate" the Article 22.7 procedure into the original Panel process. The arbitration proceedings could then start after the interim Panel report has been transmitted to the parties and be conducted on the basis of the Panel's interim findings and conclusions». TN/DS/W/23, par. II, lett. a. Lo stesso "progetto Balás" contiene disposizioni a favore dell'anticipazione del giudizio arbitrale prevedendo un nuovo par. 1 *bis* dell'art. 22, alla stregua del quale: «[a]t any point of time after the adoption by the DSB of its recommendations and rulings and before the submission of the request for authorization for suspension of concessions or other obligations referred to in paragraph 2 of this Article, the parties may agree to refer to arbitration the determination of the level of nullification or impairment caused by measures found to be inconsistent with one or more covered agreements». TN/DS/9, Annex.

⁸⁴ V. TN/DS/W/15, *Negotiations on the Dispute Settlement Understanding*, 25 September 2002, par. 6; TN/DS/W/42, par. IX.

che, secondo un principio di "responsabilità collettiva", tutti i membri dovrebbero avere il diritto e la responsabilità di agire per ottenere l'adempimento delle decisioni del DSB. Contromisure collettive dovrebbero pertanto essere automaticamente adottate nel caso in cui la parte vittoriosa appartenga al gruppo dei Paesi in via di sviluppo o meno avanzati, come espressione del trattamento speciale e differenziato posto in essere nei loro confronti. Inoltre, secondo tali Paesi, nel determinare se autorizzare contromisure collettive il DSB non dovrebbe neppure essere vincolato al principio dell'equivalenza rispetto al livello dell'annullamento o del pregiudizio dei benefici⁸⁵.

Un sistema di contromisure collettive consentirebbe ai Paesi economicamente più deboli di unire le forze ed insieme esercitare una maggiore pressione sulla controparte inadempiente, oppure di giovare dell'intervento di Stati industrializzati, capaci di far valere tutto il proprio potere economico al fine di indurre la parte obbligata all'adempimento. Tuttavia da un punto di vista concreto sembra assai improbabile che gli Stati più ricchi siano disposti a mettere a rischio i propri interessi commerciali per favorire i Paesi meno avanzati al fine di dare attuazione ad una decisione del DSB adottata contro un altro Stato industrializzato.

Quanto alle considerazioni della dottrina, l'introduzione di una forma di azione collettiva nel sistema OMC è vista con favore da coloro che la ritengono capace di far sì che sia l'Organizzazione in quanto tale (in una prospettiva realmente multilaterale), e non i singoli membri (in una prospettiva meramente bilaterale), ad attivarsi per garantire l'attuazione delle decisioni e la conformità alle regole degli accordi OMC da parte di tutti gli Stati⁸⁶. La menzionata ricostruzione trova in genere fondamento nell'idea che le violazioni degli accordi contemplati costituiscano delle vere e proprie violazioni di norme di diritto internazionale generale⁸⁷. Da ciò discenderebbe la conseguenza che una reazione collettiva di tutti gli Stati membri dell'OMC sia in realtà già possibile, potendo legittimamente trovare applicazione i principi sulla responsabilità degli Stati previsti dal diritto internazionale generale⁸⁸.

Tuttavia, la riferita interpretazione è confutata da un'autorevole dottrina,

⁸⁵ V. TN/DS/W/17, par. 15; TN/DS/W/37, par. VII.

⁸⁶ Cfr. J. PAUWELYN, *Enforcement*, cit. *supra*, nota 69, p. 345. L'Autore suggerisce la possibilità di autorizzare tutti gli Stati, anche se non ricorrenti, a sospendere concessioni equivalenti ai danni da ciascuno sofferti. V. anche la proposta di riforma dell'Intesa presentata dall'Australia, TN/DS/W/49, *Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding*, 17 February 2003.

⁸⁷ V. J. H. JACKSON, *The WTO Dispute Settlement Understanding-Misunderstanding on the Nature of Legal Obligation*, *AJIL*, 1997, p. 60-64.

⁸⁸ V. N. H. YENKONG, *Collective Countermeasures and the WTO Dispute Settlement: 'Solidarity Measures Revisited'*, *NJCL*, 2004, disponibile sul sito internet www.njcl.fi; M. GARCIA-RUBIO, *On the Application of customary rules of state responsibility by the WTO dispute settlement organs: a general international law perspective*, Genève, Inst. Univ. de Hautes Études Internat., 2001, p. 35 ss.

la quale lucidamente chiarisce come il sistema OMC attribuisca carattere esclusivo ai rimedi ed alle procedure previsti per reagire ai comportamenti illeciti degli Stati membri, derogando quindi in blocco al diritto internazionale generale⁸⁹. Si è già avuto modo di richiamare le discussioni a proposito dell'"autosufficienza" del regime dell'OMC, basti qui ricordare che, nei limiti in cui è possibile ammetterla, tale autosufficienza esclude l'applicabilità di reazioni ulteriori rispetto a quelle previste dal sistema. L'introduzione di rimedi collettivi potrà quindi trovare spazio nel meccanismo previsto dalla DSU solo attraverso l'eventuale accoglimento delle relative proposte in sede di negoziato.

Si prospettano comunque altre possibili forme di reazione, pur sempre "collettiva" all'inadempimento, come la sospensione, per lo Stato che non si è tempestivamente conformato alle decisioni e raccomandazioni del DSB, dei diritti di voto in seno agli organi rappresentativi dell'OMC o del diritto di citare altri membri davanti agli organi di risoluzione delle controversie⁹⁰. Il fattore di deterrenza che simili limitazioni comportano potrebbe ridurre la possibilità di un inadempimento prolungato⁹¹.

c. *Le compensazioni monetarie*

La proposta di istituire nel sistema OMC un meccanismo di compensazioni monetarie, pur avendo un carattere assai innovativo, sembra riscuotere notevoli consensi. Anziché consistere semplicemente in concessioni commerciali o tariffarie, le compensazioni dovrebbero cioè risultare dal pagamento di veri e propri risarcimenti pecuniari⁹². Si tratta di una possibilità che merita di essere analizzata a fondo poiché potrebbe contribuire a risolvere alcune delle più gravi carenze del meccanismo vigente.

Rispetto alla sospensione di concessioni, questo tipo di misure, così come le tradizionali compensazioni ex art. 22, presenterebbe il vantaggio di evitare ulteriori turbative all'ottimale allocazione delle risorse di produzione causate dall'utilizzo di strumenti protezionistici. Inoltre l'onere del risarcimento sarebbe distribuito equamente, venendo a gravare sul bilancio dello Stato inadempiente, e non ad essere accollato su di un unico settore, per di più estra-

⁸⁹ Solo le misure commerciali adottate dagli Stati membri sono oggetto di accertamento da parte degli organi di risoluzione delle controversie e solo le sanzioni commerciali sono applicabili laddove le suddette misure violino specifiche disposizioni degli accordi contemplati. V. P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto*, cit. *supra*, nota 2, p. 631 ss.

⁹⁰ V. TN/DS/W/9. In dottrina cfr. B. O'CONNOR, *Remedies in the World Trade Organization Dispute Settlement System- The Bananas and Hormones Cases*, *JWT*, 2004, p. 245-266, p. 266; M. BRONCKERS - N. VAN DEN BROCK, *Financial*, cit. *supra*, nota 72, p. 108.

⁹¹ Tuttavia si teme che tali scelte siano troppo drastiche e che finiscano per isolare eccessivamente lo Stato che le subisce. Cfr. P. C. MAVROIDIS, *Remedies*, cit. *supra*, nota 8, p. 69-70.

⁹² Nella prassi vi è stato già almeno un caso in cui le parti in lite hanno concordato il ricorso a compensazioni di tipo pecuniario. V. WT/DS160/23, *United States - Section 110(5) of the US Copyright Act*, Notification of a Mutually Satisfactory Temporary Arrangement, 26 June 2003.

neo alle vicende della controversia. Le compensazioni monetarie consentirebbero poi di effettuare una tangibile compensazione degli operatori economici privati direttamente colpiti dalle misure illecite⁹³.

Come è evidente, a trarre i maggiori benefici dall'introduzione di un siffatto sistema sarebbero i Paesi in via di sviluppo, ai quali sarebbe in questo modo garantita la possibilità di esercitare una adeguata pressione sulle controparti commerciali anche se economicamente più forti senza incorrere nel rischio di provocare un maggior danno all'industria interna. La proposta è stata, infatti, avanzata e difesa con decisione da tali Paesi nel corso del negoziato. I Paesi meno avanzati hanno in proposito sottolineato: «[t]his remedy is important for developing and least developed countries, and for any economy that suffers for the time that an offending measure remains in place»⁹⁴. Altri suggerimenti in questo senso sono venuti dalla Cina, dall'Ecuador, dal gruppo dei Paesi Africani e dal Messico⁹⁵.

Numerosi sono tuttavia i problemi sollevati dalla concreta applicazione di simili misure, primo fra tutti quello del calcolo delle somme da pagare. Come rilevato nel documento (noto come *Sutherland Report*) stilato dal Comitato Consultivo incaricato dall'allora Direttore Generale dell'OMC Supachai Panitchpakdi di elaborare proposte ed osservazioni in merito ai necessari emendamenti del sistema, tale conteggio potrebbe comportare enormi difficoltà di valutazione, dovendo prendersi in considerazione non solamente le perdite effettive ma anche i potenziali benefici annullati o impediti⁹⁶. Le suddette complicazioni potrebbero tuttavia essere ridotte ove si prevedesse, come suggerito da alcuni, una liquidazione dei danni in misura percentuale fissa rispet-

⁹³ Attraverso una equa redistribuzione delle somme percepite si può fare in modo che il settore interessato venga risarcito almeno in parte delle perdite subite. Sarebbe opportuno, al fine di assicurare un simile esito, lasciare al singolo Stato la possibilità di esercitare una opzione discrezionale circa le modalità di ripartizione di quanto ricevuto. Similmente dovrebbe essere compito di ciascun membro assicurare che siano effettuati i necessari aggiustamenti interni per il pagamento delle somme dovute. Cfr. M. BRONCKERS - N. VAN DEN BROCK, *Financial*, cit. supra, nota 72, p. 116-117. Gli Autori sottolineano anche la possibilità di modellare il meccanismo delle compensazioni monetarie già nelle disposizioni dell'Intesa in modo tale da assicurare che un determinato settore goda dei più grandi vantaggi.

⁹⁴ TN/DS/W/17, par. 13. V. TN/DS/W/37, *Text for LDC Proposal on Dispute Settlement Understanding Negotiations*, 22 January 2003, par. VII.

⁹⁵ V., rispettivamente, TN/DS/W/29, *Improving the Special and Differential Provisions in the Dispute Settlement Understanding*, 22 January 2003, par. 7; TN/DS/W/33, *Negotiations on the Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding*, 23 January 2003; TN/DS/W/42, par. VIII; TN/DS/W/91, par. II.

⁹⁶ V. *The Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the New Millennium*, Report by the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi, 2004, par. 243. Per un commento generale del rapporto v., tra gli altri, C. CARMODY, *The Sutherland Report and the Theory of WTO Law*, in *Int. Org. Law Rev.*, 2005, p. 219-225; D. Z. CASS, *The Sutherland Report: the WTO and its Critics*, in *Int. Org. Law Rev.*, 2005, p. 153-166; W. F. DAVEY, *The Sutherland Report on Dispute Settlement: a Comment*, in *Journ. Internat. Econ. Law*, 2005, p. 321-328; A. VON BOGDANDY - M. WAGNER, *The Development of the WTO - Remarks on the Sutherland Report*, in *Int. Org. Law Rev.*, 2005, p. 167-176.

to al valore del commercio interessato⁹⁷. Qualora lo Stato dovesse ritenere che le somme prefissate siano sproporzionate per eccesso o per difetto rispetto all'ammontare dei danni effettivi, potrebbe richiederne la revisione tramite arbitrato dando positiva dimostrazione delle proprie allegazioni.

Una questione di natura pratica è data poi dalle modalità di riscossione delle somme. Si tenga presente che in molti Paesi il pagamento, influenzando sul bilancio dello Stato, necessita di una previa approvazione parlamentare⁹⁸.

Un problema ancor più rilevante riguarda il momento a partire dal quale deve essere effettuato il computo dei danni da risarcire e la connessa questione del carattere retroattivo delle misure. Le proposte avanzate dagli Stati membri sembrano in generale favorevoli al riconoscimento di una siffatta retroattività⁹⁹, la quale, pur rappresentando una innovazione di ampia portata nel panorama dell'Intesa, appare assolutamente necessaria al fine di creare un effettivo deterrente rispetto ai comportamenti dilatori dello Stato inadempiente¹⁰⁰.

Si potrebbe ritenere poi che un sistema fondato su compensazioni monetarie soffra il limite della non azionabilità di tali misure¹⁰¹. Tuttavia, queste ultime, anziché essere previste in sostituzione degli strumenti già esistenti (compensazioni volontarie e sospensioni di concessioni o di altri obblighi), potrebbero essere ad essi accostate. In tal modo si garantirebbe allo Stato insoddisfatto, nel caso in cui la controparte non dovesse provvedere a pagare quanto dovuto, di fare comunque ricorso alle sospensioni come "*last resort*"¹⁰².

⁹⁷ Si propone cioè che lo Stato inadempiente paghi una somma determinata per ogni anno in cui si protrae la violazione. Addirittura si ipotizza che per ogni anno successivo di inadempimento l'ammontare dei danni da pagare aumenti di una certa percentuale. Si terrebbe conto in questo modo del fatto che ogni anno aggiuntivo di inadempimento crea danni ulteriori per lo Stato colpito e si garantirebbe un incentivo progressivamente più forte all'esecuzione. L'ammontare annuale predeterminato potrebbe sia essere fissato una volta per tutte, sia essere differenziato a seconda delle dimensioni economiche dello Stato e del livello di sviluppo. Cfr. M. BRONCKERS - N. VAN DEN BROCK, *Financial*, cit. *supra*, nota 72, p. 113-114.

⁹⁸ Il meccanismo di esecuzione dell'OMC, per come è attualmente disegnato, è ingegnoso poiché è tutto incentrato su misure commerciali, quindi interne al sistema da esso controllato. Il ricorso a compensazioni monetarie farebbe venir meno questo vantaggio aprendo la strada a maggiori incertezze. Cfr. R. Z. LAWRENCE, *Crimes & Punishments? Retaliation under the WTO*, Washington, DC, Institute for International Economics, 2003, p.84-85.

⁹⁹ Nella proposta dei Paesi meno avanzati si legge: «[t]he quantification of injury and compensation shall be computed as from the date of the adoption of the measure found to be inconsistent with a covered Agreement to the date of the withdrawal of the measure». TN/DS/W/37, par. VII; nello stesso senso anche TN/DS/W/42, par. VIII.

¹⁰⁰ Si veda quanto affermato nella originaria proposta messicana: «[i]f we introduce the notion of "retroactivity", Members will be able to benefit fully from the concessions and rights obtained as a result of the Uruguay Round». TN/DS/W/23, par. II, lett. b.

¹⁰¹ In particolare ci si chiede come si potrebbe reagire all'eventualità del mancato pagamento di quanto dovuto da parte dello Stato obbligato. Al contrario delle sanzioni commerciali (che, previa autorizzazione, possono essere imposte unilateralmente) la compensazione monetaria è un rimedio *self-help*. Uno Stato membro ha pertanto bisogno della collaborazione della controparte per recuperare quanto dovuto. V. P. C. MAVROIDIS, *Remedies*, cit. *supra*, nota 8, p. 69-70.

¹⁰² In questo senso M. BRONCKERS - N. VAN DEN BROCK, *Financial*, cit. *supra*, nota 72, p. 114-115.

Ciò che più si teme comunque è che le compensazioni monetarie si trasformino in una facile via d'uscita per i Paesi più ricchi, in grado di "comprarsi" il diritto di violare impunemente le regole dell'OMC¹⁰³. Per evitare un simile esito, il ricorso ad esse potrebbe essere circoscritto alle situazioni in cui la parte vincitrice è di fatto incapace di generare una pressione sufficiente utilizzando il normale meccanismo delle sospensioni. In altri termini, l'obbligazione di pagare compensazioni monetarie potrebbe essere limitata al beneficio dei soli Paesi in via di sviluppo¹⁰⁴.

Nel complesso la previsione del ricorso a simili misure è sicuramente auspicabile. Purtroppo però le possibilità che, nell'ambito del negoziato in corso, si raggiunga il consenso necessario per simili modifiche sono assai scarse. In un sistema a carattere retroattivo le somme da pagare raggiungerebbero infatti livelli eccessivi. Pur essendosi prospettata l'introduzione di limitazioni all'estensione della retroattività fino a un certo numero di anni oppure l'individuazione di forme diverse di retroattività in base al tipo di obbligazione violata¹⁰⁵, l'ammontare dei risarcimenti sarebbe comunque assai elevato e risulterebbe assolutamente esorbitante rispetto alle obbligazioni che ragionevolmente uno Stato può essere disposto ad accettare in sede di negoziato.

Si può conclusivamente notare che la lettura del "progetto Balás" e del *Sutherland report* dimostra che solo le proposte più moderate, generiche o strettamente tecniche hanno trovato finora un consenso sufficiente tra gli Stati membri. È ben difficile ipotizzare invece che gli emendamenti più radicali ed innovativi possano essere presi in seria considerazione in questa fase. Si è detto, anzi, che la difficoltà di raggiungere un accordo sulle proposte più ragguardevoli sia espressione della sostanziale soddisfazione nei confronti del funzionamento del sistema delineato dalla DSU, che si presenterebbe attualmente come bisognevole più di un consolidamento che non di una vera e propria revisione¹⁰⁶. Quale che sia il livello di soddisfazione e di fiducia degli Stati membri nel meccanismo, sarebbe forse opportuno che l'attenzione dei

¹⁰³ Cfr. N. VAN DEN BROEK, *Power Paradoxes in Enforcement and Implementation of World Trade Organization Dispute Settlement Reports*, JWT, 2003, p. 127-162, p. 156. Anche il c.d. *Sutherland Report* prende atto di queste preoccupazioni laddove, nel mostrare un atteggiamento di cauto favore verso l'introduzione di un sistema di compensazione monetaria, afferma che «great care must be exercised to be sure that monetary compensation is only a temporary fallback approach pending full compliance, otherwise the "buy out" problems will occur». *The Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the New Millennium*, par. 243.

¹⁰⁴ In favore di una simile soluzione C. D. EHLERMANN, *Reflections on the Process of Clarification and Improvement of the DSU*, in F. ORTINO - E. U. PETERSMANN (edited by), *The WTO*, cit. supra, nota 15, p. 105-114, p. 112-113. Secondo altra dottrina tale limitazione dovrebbe essere prevista solo in una prima fase di applicazione delle misure in questione. Cfr. BRONCKERS - N. VAN DEN BROCK, *Financial*, cit. supra, nota 72, p. 123-125.

¹⁰⁵ V. nuovamente M. BRONCKERS - N. VAN DEN BROCK, *Financial*, cit. supra, nota 72, p. 122.

¹⁰⁶ Cfr. G. SACERDOTI, *Il sistema di soluzione delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio a dieci anni dalla sua istituzione*, in *La Comunità internazionale*, 2005, p. 435-456, p. 453.

negoziatori si concentrasse proprio sulle innovazioni generalmente accettate, rimandando ulteriori questioni alle future trattative. Si garantirebbe in questo modo la concretizzazione di rinnovamenti che sono allo studio ormai da molti anni, senza pregiudicare la presa in considerazione delle altre problematiche nell'ambito di prossime negoziazioni.

3. Il c.d. "*sequencing problem*"

3.1 *L'ordine di successione procedimentale nella fase esecutiva e il caso delle Banane*

La lettura combinata delle due disposizioni della *Dispute Settlement Understanding* che disciplinano la fase esecutiva del procedimento di risoluzione delle controversie evidenzia una serie di incongruenze che hanno dato luogo a dibattiti ed incertezze tanto a livello dottrinario quanto nella loro pratica applicazione. In particolare emerge la questione del legame intercorrente tra l'art. 21, par. 5 e le disposizioni dell'art. 22 in materia di contromisure, alla quale ci si riferisce generalmente utilizzando l'espressione "*sequencing problem*". Ci si domanda cioè se la verifica arbitrale dell'*implementation* debba o meno essere considerata come un presupposto procedimentale indispensabile per la richiesta di attuazione delle contromisure¹⁰⁷.

Al fine di chiarire meglio il problema occorre prima di tutto considerare l'incongruenza dei termini di durata dei due procedimenti arbitrali che possono venire in rilievo nella fase esecutiva: quello di fronte al *panel* per la verifica delle misure di attuazione e quello disciplinato dall'art. 22 per la determinazione del livello delle sospensioni. Come è noto la richiesta di autorizzazione a sospendere può intervenire dopo venti giorni dalla scadenza del ragionevole periodo e il DSB è tenuto a fornire l'autorizzazione entro trenta giorni dallo stesso termine, a meno che non venga reclamato l'intervento degli arbitri. In tal caso la decisione di questi deve giungere entro sessanta giorni, decorrenti anch'essi dalla scadenza del ragionevole periodo. Non è affatto chiaro come i redattori dell'Intesa intendessero conciliare i suddetti limiti temporali con l'eventualità di una verifica dell'adempimento dinanzi al *panel*, chiamato ad emanare il proprio rapporto entro novanta giorni dal momento in cui è investito della questione. Non solo i termini non appaiono coerenti tra loro ma inducono anche a domandarsi quale sia il concreto fine del procedimento di verifica dell'adempimento, se comunque la richiesta di sospensioni non può essere prorogata oltre i termini menzionati.

¹⁰⁷ V. P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto*, cit. *supra*, nota 2, p. 604-606.

Le perplessità aumentano se solo si pensa che nella lettera di ciascuna delle due disposizioni è assente qualunque riferimento all'altra. Inoltre, benché le norme chiariscano che il presupposto procedimentale per la richiesta di autorizzazioni alla sospensione di concessioni o di altri obblighi è costituito da una situazione in cui la parte resistente tenuta all'adempimento non abbia provveduto a quanto dovuto, esse non precisano in alcun modo come o da chi una simile determinazione di inadempimento debba essere effettuata. Va da sé che non può ritenersi ammissibile l'adozione di contromisure sulla sola base della valutazione unilaterale dello Stato ricorrente. Sottoporre la parte resistente a restrizioni commerciali fondate sulla mera iniziativa della controparte ed in assenza di qualsiasi previo intervento degli organi di risoluzione delle controversie contrasterebbe infatti con i principi di fondo del sistema, espressi soprattutto dall'art. 23 della DSU. La questione consiste quindi nel determinare quale sia l'organo specificamente competente ad un siffatto intervento.

La problematica dell'incerto ordine di successione dei procedimenti esecutivi si è mostrata in maniera esemplare nell'ambito del noto caso delle Banane, che ha visto contrapporsi lungamente Stati Uniti e Comunità europea a proposito del trattamento commerciale preferenziale relativo all'importazione di banane nel territorio comunitario posto dalla CE in favore delle ex-colonie dei propri Stati membri nelle regioni dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico (i cosiddetti Paesi ACP)¹⁰⁸.

I limiti e l'oggetto della trattazione non ci consentono di soffermarci sulle concrete vicende del caso. Basti ricordare che si sono confrontate in questa causa due opposte interpretazioni: la prima (fatta propria dalla Comunità europea) riteneva indispensabile una determinazione dell'inadempimento preventiva rispetto all'adozione di contromisure ed affidata esclusivamente al *panel* istituito ex art. 21, par. 5, la seconda (sostenuta dagli USA) considerava necessario richiedere l'autorizzazione a sospendere immediatamente dopo lo spirare del ragionevole periodo poiché attendere i tempi di espletamento del

¹⁰⁸ Per un'analisi della controversia v. G. ADINOLFI, *La soluzione*, cit. supra, nota 5, p. 210 ss.; H. R. CLARK, *The WTO Banana Dispute Settlement and its Implications for Trade Relations between the United States and the European Union*, in *Corn ILJ*, 2002, p. 291-306; G. C. W. AMES, *Bananas, Beef, and Biotechnology-Three Contentious U.S.-EU Trade Disputes*, in *Review of Agricultural Economics*, 2001, p. 214-222, p. 215-217; F. LENZERINI, *Relazioni tra Organizzazione Mondiale del Commercio e Comunità Europea nel settore della cooperazione allo sviluppo*, in F. FRANCONI - F. LANZERINI - M. MONTINI (a cura di), *Organizzazione Mondiale del Commercio e diritto della Comunità Europea nella prospettiva della risoluzione delle controversie*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 171-211, p. 171 ss. Quest'ultimo contributo appare particolarmente interessante poiché l'analisi della controversia viene condotta nell'ambito di una più generale valutazione della politica di cooperazione allo sviluppo adottata dalla Comunità europea e della sua compatibilità con il sistema dell'OMC. Quanto ai recenti sviluppi della controversia v. in particolare WT/DS27/82, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador, 18 June 2007; WT/DS27/83, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States, 2 July 2007; WT/DS27/RW2/ECU.

giudizio davanti al *panel* avrebbe significato, per la parte ricorrente, la perdita del proprio diritto alle contromisure.

Dopo che il DSB ebbe accertato la violazione da parte della CE di diverse disposizioni degli accordi contemplati, venne a crearsi una situazione paradossale di sovrapposizione tra giudizi, essendo stati attivati contemporaneamente sia quello davanti al *panel* per la valutazione delle misure di esecuzione, sia quello di fronte agli arbitri per la verifica del livello delle sospensioni nel frattempo domandate. Il primo giudizio avrebbe dovuto concludersi entro sessanta giorni dallo scadere del ragionevole periodo, cioè il 2 marzo 1999. Il secondo invece entro novanta giorni dal deferimento della questione agli organi decidenti, il 12 aprile dello stesso anno. La decisione sul *quantum* delle sospensioni avrebbe quindi dovuto essere adottata prima di quella sulla conformità delle misure di attuazione. Al fine di superare questo inconveniente gli arbitri provvidero ad emanare, anziché la statuizione definitiva, una "*initial decision*", riuscendo in tal modo ad estendere la durata del giudizio arbitrale fino a farla sostanzialmente coincidere con quella dei procedimenti davanti al *panel*¹⁰⁹.

La decisione definitiva, adottata il 6 aprile 1999, abbracciò una interpretazione alquanto discutibile della corretta delimitazione delle competenze proprie dei due organi decidenti. Se da un lato gli arbitri convennero sulla necessità di una valutazione anticipata dell'inadempimento rispetto all'adozione di contromisure, dall'altro essi rigettarono la concezione europea che voleva tale valutazione attribuita alla esclusiva competenza del *panel*¹¹⁰, finendo per riconoscere la propria competenza in merito all'esame della liceità delle misure di esecuzione¹¹¹.

¹⁰⁹ Nella comunicazione resa dagli arbitri si legge: «the Arbitrators have today issued an initial decision to the parties in which we rule on matters related to the scope of our work and to certain aspects of the methodology and calculations of the United States for determining the level of suspension of concessions. In addition, we have requested the parties to supply us with additional information. This information should enable us to take a final view on the level of nullification or impairment». WT/DS27/48, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, Arbitration under Article 22.6 of the DSU, Communication from the Arbitrators, 2 March 1999. La legittimità di una decisione non definitiva nell'ambito del procedimento arbitrale appare quanto meno dubbia. Soprattutto, nessuna norma dell'Intesa sembra attribuire agli arbitri il potere di assumere un'iniziativa probatoria autonoma al fine di colmare le lacune lasciate aperte dall'insufficienza delle prove fornite dalle parti.

¹¹⁰ La CE aveva infatti affermato nelle proprie difese che il mandato del collegio arbitrale fosse circoscritto alla sola determinazione del livello dell'annullamento e del pregiudizio. Secondo questa interpretazione, assegnare a tale organo anche la possibilità di effettuare una valutazione delle misure di esecuzione avrebbe in sostanza privato l'art. 21, par. 5, della propria ragione d'essere. Gli arbitri risposero a tali contestazioni dichiarando che: «[f]or those Members that for whatever reasons do not wish to suspend concessions, Article 21.5 will remain the prime vehicle for challenging implementation measures». WT/DS27/ARB, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU, Decision by the Arbitrators, 9 April 1999, par. 4.11.

¹¹¹ La soluzione prescelta è aspramente criticata in dottrina. Appare infatti del tutto irragionevole ritenere che, mentre il *panel* ha a disposizione novanta giorni per l'espletamento della verifica delle misure contestate, il collegio arbitrale debba effettuare la medesima verifica per poi procedere

3.2 La prassi degli accordi ad hoc per la soluzione del "sequencing problem"

La gravità dello scontro tra le parti in causa verificatosi nel caso appena ricordato indusse gli Stati parti di successive controversie a risolvere anticipatamente eventuali contrasti facendo ricorso ad accordi bilaterali *ad hoc*¹¹². Una prima soluzione individuata a mezzo dei suddetti accordi riguardava i casi rientranti nell'ambito di applicazione dell'Accordo sulle Sovvenzioni e sulle Misure di Compensazione (SCM), il quale stabilisce una disciplina peculiare quanto alla risoluzione delle controversie. Applicando la nota numero 6 al testo dell'art. 4 dell'Accordo medesimo (che consente alle parti di estendere tutti i termini previsti dall'articolo stesso sulla base di una comune intesa), gli Stati hanno potuto stabilire il prolungamento dei termini ordinari per la decisione del DSB in merito alla domanda di autorizzazione alle contromisure in modo da renderli compatibili con il previo espletamento della procedura di fronte al *panel*.

Il primo caso in cui si è proceduto in questo modo è noto come *Australia-Automotive Leather II*, in cui la parte interessata si impegnò espressamente a non richiedere l'autorizzazione a sospendere anteriormente alla decisione dei *panellist*¹¹³, mentre l'altra assicurò di non fare obiezioni alla eventuale richie-

alla valutazione dei livelli delle sospensioni proposte, il tutto in soli sessanta giorni. Sembra anche fondata la considerazione secondo cui, in base ad una simile ricostruzione, le parti perderebbero qualunque interesse a ricorrere all'art. 21, par. 5, potendo direttamente inoltrare la richiesta di contromisure alla fine del ragionevole periodo. Tale circostanza risulta in contrasto con il principio di effettività dell'interpretazione, secondo cui le disposizioni di un accordo vanno intese in un senso tale da garantire che ciascuna sia idonea a produrre effetti concreti. V. P. C. MAVROIDIS, *Proposals for Reform of Article 22 of the DSU: Reconsidering the "Sequencing" Issue and Suspension Of Concessions*, in F. ORTINO - E. U. PETERSMANN (edited by), *The WTO, cit. supra*, nota 15, p. 61-73, p. 65. Vi è chi invece ha sottolineato la capacità, dimostrata dal DSB nel caso in esame, di garantire, attraverso un'accorta opera di mediazione diplomatica, una soluzione sostanzialmente rispettosa dei dettami del sistema di soluzione delle controversie. Cfr. G. MARTINO - R. LANGELLA - C. RISI, *Il Sistema di soluzione delle controversie nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio: attuazione e prospettive*, in questa *Rivista*, 1999, p. 425-446, p. 445.

¹¹² Questa pratica è significativa perché dà atto della volontà degli Stati membri di impegnarsi positivamente nella ricerca di una effettiva soluzione delle questioni procedurali idonee a presentarsi nell'ambito delle controversie che li vedono coinvolti. L'esistenza ed il contenuto di siffatte intese vennero inizialmente resi noti al *Dispute Settlement Body* attraverso l'atto formale con cui la parte interessata richiedeva l'istituzione di un *panel* ai sensi dell'art. 21, par. 5, di modo che il DSB, approvando la richiesta, potesse contemporaneamente convalidare l'assetto concordato tra le parti. Più di recente accade anche che le parti inviino direttamente al DSB il documento contenente i termini dell'intesa raggiunta.

¹¹³ «Pursuant to footnote 6 to Article 4 of the SCM Agreement, Australia and the United States agree that the deadline for DSB action under the first sentence of Article 22.6 of the DSU shall be 60 days after the circulation of the review panel report under Article 21.5 of the DSU, and that the deadline specified in the third sentence of Article 22.6 of the DSU for completion of arbitration shall be 45 days after the matter is referred to arbitration (...) Australia and the United States pledge to cooperate to ensure that the review panel convened under Article 21.5 of the DSU will be able to circulate its report within 90 days of its establishment. The United States will not request authorization to suspend concessions until after the review panel has circulated its report». WT/DS126/8, *Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather*, Recourse by the United States to Article 21.5 of the DSU, 4 October 1999.

sta successiva ad una decisione di inottemperanza¹¹⁴. Di poco successiva è l'intesa stipulata tra Canada e Brasile, parti principali delle due famose cause *Canada-Aircraft* e *Brazil-Aircraft*, anch'esse concernenti misure di sostegno economico e di finanziamento e rientranti nell'ambito di applicazione dell'Accordo sulle Sovvenzioni¹¹⁵.

Un diverso modello che si è affermato nella prassi a partire dal caso *Canada-Salmon*, si fonda invece sul comune accordo delle parti in ordine alla sospensione dell'arbitrato ex art. 22 fino al termine del giudizio di fronte al *panel*¹¹⁶. Le parti giustificarono l'assetto concordato sulla base del fatto che, pur prevedendo l'art. 22 limiti molto stretti per la proposizione della richiesta di autorizzazione al DSB, nulla esso dice a proposito del termine entro cui la parte interessata deve provvedere ad avanzare nuovamente la richiesta dopo l'espletamento del giudizio arbitrale.

La soluzione individuata in questo caso è stata ripresa più volte in successive controversie. Si pensi ad esempio alla causa *US-Foreign Sales Corporations*. Qui il ricorso al *panel* ex art. 21, par. 5, da parte della Comunità europea per la valutazione delle misure di esecuzione americane fu più o me-

¹¹⁴ «Neither Australia nor the United States will object to a request that the DSB be convened to consider the review panel report for adoption. In the event that the review panel report finds that Australia has not complied with the recommendations or rulings of the DSB, neither party will object to DSB consideration of a United States request for authorization to suspend concessions». *Ibidem*.

¹¹⁵ Nelle reciproche richieste di costituzione dei *panel* la dicitura è la medesima: «[p]ursuant to footnote 6 to Article 4 of the SCM Agreement, Brazil and Canada agree that the deadline for DSB action under the first sentence of Article 22.6 of the DSU shall be 15 days after the circulation of the report under Article 21.5 of the DSU, and that the deadline specified in the third sentence of Article 22.6 of the DSU for completion of arbitration shall be 30 days after that matter is referred to arbitration». WT/DS70/9, *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, Recourse by Brazil to Article 21.5 of the DSU, 23 November 1999; WT/DS46/13, *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft*, Recourse by Canada to Article 21.5 of the DSU, 26 November 1999.

¹¹⁶ Il caso riguardava l'impugnazione da parte del Canada del regime australiano di importazione del salmone fresco e surgelato. Allo scadere del ragionevole periodo il Canada procedette a richiedere l'autorizzazione alle sospensioni entro il termine previsto dall'art. 22, ma avanzò anche l'istanza per la costituzione del *panel* incaricato della verifica delle misure esecutive. V. WT/DS18/12, *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon*, Recourse by Canada to Article 22.2 of the DSU, 15 July 1999; WT/DS18/14, *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon*, Request by Canada for Determination of Consistency of Implementation Measures, 3 August 1999. L'Australia domandò contemporaneamente il deferimento della questione del livello delle sospensioni ad arbitrato. WT/DS18/13, *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon*, Request by Australia for Arbitration under Article 22.6 of the DSU, 3 August 1999. Il DSB adottò tutte le richieste contestualmente in modo tale da attuare il simultaneo avvio di entrambi i procedimenti, lasciando che operasse l'opzione delle parti a favore della sospensione del giudizio arbitrale. La decisione finale del *panel* riporta i termini di tale accordo nel modo seguente: «Canada and Australia agreed that the arbitration proceedings would be held in abeyance until after the circulation of the panel report under Article 21.5. If the Article 21.5 Panel found that Australia had acted inconsistently with its WTO obligations, then Australia and Canada would request the immediate resumption of the Article 22.6 arbitration, regardless of whether either party appealed the Article 21.5 panel report». WT/DS18/RW, par. 1.3. V. C. M. VALLES - B. P. MCGIVERN, *The Right to Retaliate, Under the WTO Agreement-The "Sequencing" Problem*, *JWT*, 2000, p. 63-84, p. 78-80; S. A. RHODES, *The Article 21.5/22 Problem: Clarification through Bilateral Agreements?*, in *Journ. Internat. Econ. Law*, 2000, p. 553-558, p. 556.

no contestuale alla richiesta di autorizzazione a sospendere. Tuttavia le parti avevano concluso un mutuo accordo sulla base del quale congiuntamente richiesero ai membri del collegio istituito per l'esperimento del giudizio arbitrale la sospensione del procedimento presso di loro pendente¹¹⁷.

Allo stesso modo nell'ambito della controversia *Canada-Dairy* le parti convennero la sospensione dei lavori degli arbitri fino alla conclusione dei giudizi in corso innanzi ai competenti *panel*¹¹⁸.

Così anche nel caso *US-Softwood Lumber VI* l'accordo delle parti prevedeva la sospensione del procedimento arbitrale con possibilità di riassunzione su iniziativa di entrambe le parti¹¹⁹.

La prassi ha poi individuato soluzioni ancor più semplici, come nel caso *EC-Bed Linen*, in cui l'India e la Comunità europea raggiunsero un accordo che prevedeva semplicemente l'impegno da parte della CE di non contestare la richiesta indiana di ricorso alle contromisure qualora questa fosse stata pre-

¹¹⁷ Una comunicazione del *panel* riporta il contenuto della richiesta di sospensione delle parti nei seguenti termini: «in accordance with paragraph 11 of the 29 September 2000 Procedures agreed between the EC and the US, the EC and the US would request you and the other arbitrators to suspend the arbitration proceeding until adoption of the Panel Report or, if there is an appeal, adoption of the Appellate Body Report». WT/DS108/18, *United States – Tax Treatment of "Foreign Sales Corporations"*, Recourse by the United States to Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement, Communication from the Panel, 21 December 2000.

¹¹⁸ Il caso di specie appare in certa misura più complesso poiché vi fu un duplice ricorso al procedimento ex 21, par. 5. Nel momento in cui tale ricorso fu compiuto per la seconda volta il Canada aveva però raggiunto due separate intese con ciascuna delle principali parti ricorrenti. Entrambi gli accordi prevedevano appunto il blocco del procedimento per la verifica dei livelli delle sospensioni. Nella comunicazione notificata al DSB il 2 gennaio 2002 il Canada e la Nuova Zelanda riportarono i termini dell'intesa raggiunta: «Canada and New Zealand agree to request that the arbitration requested by Canada under Article 22.6 (WT/DS113/18) remain suspended until: a. the DSB finds that Canada has failed to comply with the recommendations and rulings of the DSB or that the measures taken by Canada to comply with the recommendations and rulings of the DSB are inconsistent with the covered agreements as referred to in the second Article 21.5 compliance panel request. In this event, the arbitrator will automatically resume its work. The parties will co-operate to enable the arbitrator to circulate its report within 60 days of the resumption of its work; or b. the DSB finds that Canada has complied with the recommendations and rulings of the DSB and that the measures taken by Canada to comply with the recommendations and rulings of the DSB are not inconsistent with the covered agreements as referred to in the second Article 21.5 compliance panel request. In this event, New Zealand will withdraw its request under Article 22.2 of the DSU, thereby terminating the arbitration procedure». WT/DS113/24, *Canada – Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products*, Additional Understanding between Canada and New Zealand Regarding Procedures under Articles 21 and 22 of the DSU, 2 January 2002. Contemporaneamente una seconda comunicazione di identico contenuto fu indirizzata al DSB da parte del Canada e degli Stati Uniti.

¹¹⁹ «The Parties will request that the Article 22.6 arbitration be suspended until adoption by the DSB of its recommendations and rulings in the Article 21.5 proceedings. In the event that the DSB finds that the United States has failed to comply with the recommendations and rulings of the DSB or that the measures taken by the United States to comply with the recommendations and rulings of the DSB are inconsistent with the covered agreements, the Article 22.6 arbitration will resume at the request of either Party». WT/DS277/11, *United States – Investigation of the International Trade Commission in Softwood Lumber from Canada*, Understanding between Canada and the United States Regarding Procedures under Articles 21 and 22 of the DSU, 25 February 2005.

sentata dopo l'espletamento del procedimento presso il *panel* e sempre che quest'ultimo avesse accertato l'inadempimento europeo¹²⁰.

Similmente nel caso *US-Shrimp* la Malesia, parte ricorrente, si impegnò a far ricorso prioritariamente alla procedura prevista dal par. 5 dell'art. 21 ed a richiedere eventualmente l'autorizzazione alle contromisure dopo aver ottenuto una decisione favorevole da parte del *panel*. Gli Stati Uniti dal canto loro diedero assicurazione che non avrebbero contestato presso il DSB la richiesta medesima perché tardiva¹²¹.

Tra i casi più recenti in cui simili soluzioni hanno trovato accoglimento citiamo *US-Oil Country Tubular Goods Sunset Reviews*, *US-Gambling* ed *EC-Export Subsidies on Sugar*¹²².

Addirittura, nel caso *Mexico-Corn Syrup*, gli Stati Uniti provvidero unilateralmente alla domanda di convocazione del *panel* originario ai fini della determinazione preventiva dell'inadempimento della controparte pur non essendo stato ancora raggiunto tra le parti un accordo per la determinazione concordata della successione procedimentale da seguire¹²³.

¹²⁰ «If on the basis of the results of proceedings under Article 21.5 of the DSU that might be initiated by India no later than 31 March 2002, India decides to initiate proceedings under Article 22 of the DSU, the EC will not assert that India is precluded from obtaining DSB authorization because India's request was made outside the 30 day time-period specified in the first sentence of Article 22.6 of the DSU». WT/DS141/11, *European Communities – Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India*, Understanding between India and the European Communities Regarding Procedures under Articles 21 and 22 of the DSU, 21 September 2001.

¹²¹ L'accordo, contenuto in uno scambio di lettere e non vincolante per le altre parti della controversia (India, Pakistan e Thailandia), era formulato come segue: «[i]f Malaysia at some future date decides that it may wish to initiate proceedings under Articles 21.5 and Article 22 of the DSU, Malaysia will initiate proceedings under Article 21.5 prior to any proceedings under Article 22. Malaysia will provide the United States advance notice of any proposal to initiate proceedings under Article 21.5 and will consult with the United States before requesting the establishment of a panel under Article 21.5. Malaysia will not request authorization to suspend concessions or other obligations under Article 22 until the adoption of the Article 21.5 panel report. If on the basis of the proceedings under Article 21.5 Malaysia decides to initiate proceedings under Article 22, the United States will not assert that Malaysia is precluded from obtaining DSB authorization because Malaysia's request was made outside the 30-day time period specified in the first sentence of Article 22.6. This is without prejudice to the rights of the United States to have the matter referred to arbitration in accordance with Article 22.6». WT/DS58/16, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Understanding between Malaysia and the United States Regarding Possible Proceedings under Articles 21 and 22 of the DSU, 12 January 2000. Non rileva il fatto che nel caso di specie non vi fu un concreto utilizzo dell'accordo stipulato poiché esso contribuisce comunque a dare atto del consolidarsi di una certa tendenza all'interno della *membership* dell'Organizzazione.

¹²² V., rispettivamente, WT/DS268/14, *United States – Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina*, Understanding between Argentina and the United States Regarding Procedures under Articles 21 and 22 of the DSU, 9 January 2006; WT/DS285/16, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, Agreement between Antigua and Barbuda and the United States Regarding Procedures under Articles 21 and 22 of the DSU, 26 May 2006; WT/DS283/17, *European Communities – Export Subsidies on Sugar*, Understanding between Thailand and the European Communities, 9 June 2006.

¹²³ WT/DS132/6, *Mexico – Anti-dumping Investigation of High Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States*, Recourse by the United States to Article 21.5 of the DSU, 13 October 2000. Particolarmente significativa è qui la circostanza che proprio gli Stati Uniti, poco prima strenuamente contrari al fatto che il giudizio ex art. 21, par. 5, dovesse precedere la richiesta di autorizzazione all'applicazione di sanzioni commerciali, abbiano agito di propria iniziativa per l'avvio del

3.3 La definitiva soluzione del problema attraverso la riforma dell'Intesa

Dall'analisi della prassi recente emerge con chiarezza che, allo stato dei fatti, tutto ruota intorno alla capacità delle parti di raggiungere un accordo. Ciò induce molti interpreti a ritenere necessaria, ai fini di una soluzione definitiva della questione, la riforma delle disposizioni della DSU¹²⁴. D'altra parte vi è anche chi considera superflua la revisione dell'Intesa e propone una lettura del testo vigente tale da eliminare qualunque incertezza¹²⁵.

Pur non potendosi negare che la tendenza al raggiungimento di accordi bilaterali *ad hoc* abbia contribuito a rendere meno urgente il "*sequencing problem*", una riforma dell'Intesa appare ancora necessaria, soprattutto allo scopo di garantire alle parti un più elevato livello di certezza giuridica. È certo che la concreta realizzazione di una simile riforma dovrà avvenire tenendo conto dell'esperienza consolidatasi nella prassi degli ultimi anni, la quale ha costantemente dimostrato la disposizione degli Stati al differimento dell'adozione di contromisure rispetto alla determinazione multilaterale di inadempimento¹²⁶.

Già nel gennaio del 1999 la Comunità europea sollevò la necessità di un chiarimento definitivo a livello multilaterale della questione in esame. Essa procedette infatti a richiedere al Consiglio Generale dell'Organizzazione una interpretazione autoritativa ai sensi dell'art. IX, par. 2, dell'Accordo OMC a proposito del rapporto intercorrente tra il procedimento previsto nel quinto paragrafo dell'art. 21 e la disposizione contenuta nell'art. 22¹²⁷. Con la propria richiesta la CE poneva in particolare due quesiti. Al Consiglio si domandava prima di tutto di chiarire se il DSB potesse o meno accordare l'autorizzazione alla sospensione di concessioni in base ad una determinazione unilaterale di inadempimento effettuata dalla parte ricorrente. Si chiedeva poi se fosse o meno possibile intendere il termine per la richiesta di autorizzazione a sospendere come decorrente dalla data di adozione del rapporto del *panel* o dell'Organo di appello re-

suddetto giudizio quale necessario *step* procedimentale nell'*iter* diretto all'attuazione delle sospensioni. Cfr. G. ADINOLFI, *L'Organizzazione*, cit. *supra*, nota 5, p. 327-328.

¹²⁴ V. ad esempio M. VALLES - B. P. MCGIVERN, *The Right*, cit. *supra*, nota 116, p. 83-84.

¹²⁵ Il ricorso al procedimento dell'art. 21, par. 5, sarebbe necessario tutte le volte in cui determinate misure di attuazione siano state adottate e non vi sia accordo quanto alla loro adeguatezza. In caso di totale inerzia dello Stato obbligato, sarebbe invece possibile procedere direttamente ai sensi dell'art. 22. Solo nella seconda ipotesi il termine di trenta giorni riconosciuto al DSB per decidere sull'autorizzazione decorrerebbe dallo spirare del ragionevole periodo. Nella prima invece esso sarebbe calcolato dall'emanazione del rapporto del *panel* o eventualmente dell'Organo di appello. L'interpretazione proposta forza evidentemente il dato letterale, tuttavia riesce a conciliare in modo ragionevole i termini disomogenei previsti dalle norme. Cfr. P. C. MAVROIDIS, *Proposals*, cit. *supra*, nota 111, p. 65.

¹²⁶ La speditezza del procedimento di fronte al *panel* contribuisce del resto a rendere tollerabile l'attesa. V. J. E. KEARNS - S. CHANOVITZ, *Adjudicating*, cit. *supra*, nota 9, p. 339.

¹²⁷ L'articolo menzionato attribuisce alla Conferenza Ministeriale ed al Consiglio Generale il potere esclusivo di adottare interpretazioni autoritative relativamente a tutti gli accordi appartenenti al sistema complessivo del commercio multilaterale.

datti nell'ambito di un procedimento ex art. 21, par. 5¹²⁸. Entrambi i quesiti furono oggetto di lunghe ed approfondite discussioni in seno al Consiglio, senza che fosse possibile giungere ad una decisione definitiva. La soluzione di tali questioni fu così rinviata alle determinazioni assunte nell'ambito della Sessione Speciale del DSB incaricata dei lavori di revisione dell'Intesa¹²⁹.

Le concrete proposte di emendamento finora avanzate in questa sede per la soluzione definitiva della questione vanno di pari passo con quelle per la riformulazione del procedimento attualmente previsto dal par. 5 dell'art. 21 ed alle quali si è già avuto modo di far riferimento nella prima parte del lavoro. Già la proposta presentata in occasione della Conferenza Ministeriale di Seattle suggeriva di includere nel nuovo art. 21 *bis*, del quale si auspicava l'inserimento nel testo dell'Intesa, una specifica disposizione secondo cui: «[t]he party requesting the establishment of a compliance panel shall not request authorization to suspend concessions or other obligations under paragraph 9 of this Article until the compliance panel has circulated its report to the Members»¹³⁰. La proposta procedeva poi ad emendare le disposizioni dell'art. 22 per renderle conformi alla nuova disciplina. In particolare il secondo paragrafo indicava in quali specifiche situazioni il ricorso alle contromisure avrebbe dovuto ritenersi legittimo¹³¹. Quanto poi al procedimento arbitrale per la verifica del livello delle sospensioni annunciate, esso avrebbe dovuto essere rimesso preferibilmente ai membri del *panel* originario, i quali avrebbero avuto a disposizione un periodo di quarantacinque giorni per l'espletamento del giudizio¹³².

¹²⁸ WT/GC/W/133, *Request for an Authoritative Interpretation Pursuant to Article IX:2 of the Marrakech Agreement Establishing the World Trade Organization*, 25 January 1999.

¹²⁹ V. WT/GC/M/35, *Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 15 and 16 February 1999*, 30 March 1999, par. 5-6.

¹³⁰ WT/MIN(99)/8, Annex, par. 4. L'istanza di autorizzazione avrebbe infatti potuto essere avanzata solo dopo che il rapporto del *panel* avesse definitivamente constatato l'inadempimento della parte resistente. V. il par. 9 della prospettata disposizione: «[i]f the compliance panel report finds that the Member concerned has failed to bring the measure found to be inconsistent with a covered agreement into compliance therewith or otherwise comply with the recommendations or rulings of the DSB in the dispute within the reasonable period of time, then: (...) ii. After circulation of the compliance panel report, a complaining party that was a party to the compliance panel proceeding may request authorization from the DSB to suspend the application to the Member concerned of concessions or other obligations under the covered agreements pursuant to Article 22. The DSB shall grant authorization to such request only after the adoption of the report of the compliance panel». *Ibidem*.

¹³¹ Le ipotesi individuate erano le seguenti: «[i]f: i. the Member concerned does not inform the DSB pursuant to paragraph 3 of Article 21 that it intends to implement the recommendations or rulings of the DSB; ii. the Member concerned does not submit within the required time period a notification pursuant to paragraph 6 (c) of Article 21 stating that the Member concerned has complied; or iii. the compliance panel report pursuant to Article 21 *bis* finds that the Member concerned has failed to bring the measures found to be inconsistent with a covered agreement into compliance therewith or otherwise comply with the recommendations or rulings of the DSB». *Ibidem*, par. 5.

¹³² Si intese pure specificare che durante lo svolgimento del procedimento medesimo la sospensione delle concessioni non sarebbe stata ammissibile. Così la lett. c. del modificato par. 6.

Le idee di fondo elaborate nel citato documento sono state ampiamente riprese, come si è visto, dalla Comunità europea, la quale ha riproposto le medesime soluzioni con l'unica aggiunta di una specifica previsione a proposito dell'eventualità di una contestazione del rapporto del *panel* in sede di appello¹³³.

Anche il "progetto Balás" prevedeva il divieto di richiedere l'autorizzazione a sospendere prima dell'adozione del rapporto del *panel* o dell'Organo di appello, salvo il caso di accordo tra le parti in merito all'inadempimento del membro soccombente. La concordanza esistente tra le principali proposte in merito alla soluzione del "*sequencing problem*" lascia comunque presagire, almeno in linee generali, quali riforme saranno concretamente adottate al termine del *Doha Round*. Soprattutto è difficile immaginare che la precedenza del procedimento di cui all'art. 21, par. 5, rispetto alla richiesta di autorizzazione alle contromisure possa in futuro essere ulteriormente messa in discussione. La soluzione favorevole ad una successione temporale e funzionale tra la verifica dell'adempimento e la richiesta di contromisure, nonostante comporti un inevitabile prolungamento dei tempi necessari per l'attuazione delle sospensioni¹³⁴, è sicuramente più conforme allo spirito del sistema e più idonea a garantire adeguata tutela alle singole parti della controversia¹³⁵.

4. L'esecuzione delle decisioni del *Dispute Settlement Body* e la Corte di giustizia delle Comunità europee

4.1 L'assenza di effetti diretti del diritto OMC nell'ordinamento comunitario

Desideriamo da ultimo soffermarci sullo studio di un aspetto particolare, almeno indirettamente connesso al procedimento esecutivo del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC e legato alla questione della concreta

¹³³ Il par. 9 dell'art. 21 *bis* era quindi formulato nei seguenti termini: «[i]f the compliance panel or the Appellate Body report finds that the Member concerned has failed to bring the measure found to be inconsistent with a covered agreement into compliance therewith or otherwise comply with the recommendations or rulings of the DSB in the dispute within the reasonable period of time, then: *i.* the Member concerned shall not be entitled to any further period of time for implementation following adoption by the DSB of the report of the compliance panel and, where the report of the compliance panel has been appealed, the report of the Appellate Body; and *ii.* after circulation of the compliance panel or the Appellate Body report, a complaining party that was a party to the compliance proceeding may request authorization from the DSB to suspend the application to the Member concerned of concessions or other obligations under the covered agreements pursuant to Article 22. The DSB shall grant authorization to such request only after the adoption of the compliance panel or Appellate Body report». TN/DS/W/1, Amendment of Certain Provision of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, par. 23.

¹³⁴ Soprattutto se, come previsto nel testo di Balás, è garantita la possibilità di impugnare in sede di appello la decisione adottata all'esito della "*compliance panel procedure*". V. B. MERCURIO, *Improving Dispute Settlement in the World Trade Organization: The Dispute Settlement Understanding Review- Making it Work?*, JWT, 2004, p. 795-854, p. 833.

¹³⁵ Cfr. P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto*, cit. *supra*, nota 2, p. 605; M. DISTEFANO, *Certezza*, cit. *supra*, nota 12, p. 603.

attuazione che ricevono all'interno degli ordinamenti degli Stati membri le decisioni del *Dispute Settlement Body*. Intendiamo cioè domandarci se possa o meno essere riconosciuto ai privati, nel caso in cui abbiano subito danni a causa dell'inadempimento da parte dello Stato di appartenenza alle decisioni del DSB, il diritto di fondare sulle medesime decisioni una azione di responsabilità dinanzi alle corti nazionali. La questione sarà qui di seguito affrontata facendo specifico riferimento all'ordinamento comunitario, nell'ambito del quale essa si viene ponendo con particolare rilevanza.

Prima di procedere allo studio di tale specifico problema occorre però ricordare che la Corte di giustizia ha da tempo risolto ogni dubbio in merito alla diretta applicabilità all'interno dello spazio giuridico europeo delle norme che regolano il sistema multilaterale degli scambi commerciali. Già durante il periodo di vigenza del GATT 1947 essa ebbe modo di negare che da tali norme derivino in capo ai singoli posizioni giuridiche direttamente azionabili davanti ai giudici comunitari. Nella sentenza del caso *International Fruit Company* la Corte pose infatti determinate condizioni in presenza delle quali un atto comunitario contrastante con un trattato internazionale poteva ritenersi illegittimo e quindi nullo¹³⁶. L'accordo violato doveva risultare vincolante per la Comunità e le sue regole dovevano attribuire ai privati cittadini diritti idonei ad essere invocati in giudizio. La Corte ritenne che il GATT non integrasse tali condizioni in quanto conteneva delle regole flessibili e predisponesse un sistema di soluzione delle controversie il cui funzionamento e i cui risultati erano legati inscindibilmente al consenso delle parti¹³⁷.

In successive sentenze la Corte individuò specifiche eccezioni alla regola generale della non invocabilità del GATT da parte dei privati cittadini. Si trattava esclusivamente dei casi in cui la Comunità avesse inteso dare esecuzione ad un obbligo particolare assunto nell'ambito del GATT oppure l'atto comunitario rinviava espressamente a precise disposizioni dell'accordo¹³⁸. Gli elementi di debolezza che caratterizzavano il sistema del GATT indussero quindi la Corte ad orientarsi sin dal primo momento in senso contrario alla piena compenetrazione delle disposizioni di quest'ultimo nel diritto comunitario.

¹³⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1972 in cause riunite da n. 21 a n. 24/72, *International Fruit Company e altri c. Produktschap voor Groenten en Fruit*, in *Raccolta*, 1972, p. 1219.

¹³⁷ V. M. PALMIERI, *La Organizzazione mondiale del commercio e la diretta applicabilità delle norme Gatt all'interno dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 1996, p. 649-652, p. 650. Per un'analisi critica di tale sentenza, v. F. CAPELLI, *Normativa comunitaria e normativa G.A.T.T. - Riflessioni sui rapporti tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in AA.VV., *Studi di diritto europeo in onore di Riccardo Monaco*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 29 ss.

¹³⁸ V. sentenze della Corte di giustizia del 22 giugno 1989 in causa n. 70/87, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (FEDIOL) c. Commissione*, in *Raccolta*, 1989, p. 1781 e del 7 maggio 1991 in causa n. C-69/89, *Nakajima All Precision Co. Ltd c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2069. Cfr. P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto*, cit. *supra*, nota 2, p. 549 ss.; D. DE MEY - P. IBÁÑEZ COLOMO, *Recent Developments on the Invocability of WTO Law in the EC: A Wave of Multilateralism*, in *Eur. For. Aff. Rev.*, 2006, p. 63-86, p. 63-65.

Dopo la costituzione dell'OMC, nonostante il rafforzamento di molti degli aspetti tradizionalmente invocati a sostegno dell'inapplicabilità del precedente Accordo, i giudici comunitari mantennero un approccio di netta chiusura. Nella causa *Portogallo c. Consiglio* del 1999 la Corte, pur prendendo atto delle differenze intercorrenti tra i nuovi accordi e il precedente sistema del GATT 1947, affermò che «imporre agli organi giurisdizionali l'obbligo di escludere l'applicazione delle norme di diritto interno che siano incompatibili con gli accordi OMC avrebbe la conseguenza di privare gli organi legislativi o esecutivi delle parti contraenti della possibilità, offerta dall'art. 22 [dell'Intesa sulla soluzione delle controversie], di trovare, sia pure a titolo provvisorio, soluzioni negoziate»¹³⁹. Nell'opinione della Corte, quindi, il sistema di soluzione delle controversie della nuova Organizzazione continuava a riservare un ruolo centrale al negoziato tra le parti. Un ulteriore argomento fu poi addotto a fondamento della decisione: poiché gli accordi OMC non rientravano tra le disposizioni alla luce delle quali le principali controparti commerciali della Comunità attuavano il controllo giurisdizionale di legittimità del proprio diritto interno, imporre ai giudici comunitari un sindacato fondato sui menzionati accordi avrebbe comportato per la CE il rischio di uno squilibrio nella loro applicazione. In sostanza essa si sarebbe trovata svantaggiata rispetto ai propri *partner* commerciali (Stati Uniti, Canada, Giappone, ecc.) laddove fosse stata costretta, diversamente da questi ultimi, a disapplicare il diritto interno incompatibile con le disposizioni degli accordi contemplati. Il richiamo al principio di reciprocità appariva quindi essenziale nell'argomentazione della Corte, evidentemente preoccupata di impedire il prodursi di un simile risultato.

4.2 *L'invocabilità delle decisioni del DSB dinanzi alle Corti europee: il caso Biret*

Una volta fissati dalla Corte i suddetti punti fermi a proposito della assenza di effetti diretti del diritto OMC, essa fu chiamata a pronunciarsi sulla specifica questione del valore da attribuire alle pronunce vincolanti del *Dispute Settlement Body*. La vicenda in cui l'argomento fu affrontato per la prima volta scaturiva dalla mancata esecuzione dei rapporti adottati nell'ambito dell'OMC nel c.d. caso degli Ormoni, ovvero nella prima causa riguardante l'Accordo sugli *standard* sanitari e fitosanitari (SPS), che atteneva in modo particolare al problema della sicurezza alimentare. In seguito all'adozione da parte dell'UE, della direttiva n. 88/146, che stabiliva il divieto di utilizzare

¹³⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 1999 in causa n. C-149/96, *Repubblica portoghese c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 8395, par. 40. V. in proposito P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto*, cit. *supra*, nota 2, p. 556 ss.; P. MENGOLZI, *L'invocabilità in giudizio delle regole dell'Organizzazione Mondiale del Commercio e la giurisprudenza comunitaria*, in F. FRANCONI - F. LANZERINI - M. MONTINI (a cura di), *Organizzazione Mondiale del Commercio*, cit. *supra*, nota 108, p. 155-167.

nell'allevamento alcuni ormoni stimolatori della crescita (estradiolo, progesterone, testosterone, trenbolone acetato e zeranolo) ritenuti nocivi alla salute dei consumatori, nonché il divieto di importazione dall'estero di tutta la carne trattata con le medesime sostanze, Stati Uniti e Canada lamentarono innanzi al DSB l'illegittimità dei suddetti divieti¹⁴⁰. La controversia si concluse con la condanna delle misure europee e, in mancanza di un tempestivo adempimento, con l'applicazione di contromisure¹⁴¹.

La *Biret International SA*, nel giugno del 2000, agì presso il Tribunale di primo grado delle Comunità europee chiedendo, ai sensi degli artt. 235 e 288(2) del Trattato CE, il risarcimento dei danni risultanti dall'adozione e dal mantenimento dei divieti all'importazione in Europa di carne e prodotti derivati¹⁴². Il Tribunale emanò la propria sentenza nel gennaio del 2002, rigettando la domanda di risarcimento come infondata. I giudici richiamarono la costante giurisprudenza della Corte di giustizia in merito alla invocabilità del diritto dell'OMC nei giudizi dinanzi ad essa pendenti e conclusero nel senso che non fosse consentita nel caso di specie l'individuazione di eccezioni alla regola della non invocabilità poiché, essendo le direttive precedenti rispetto all'entrata in vigore dell'Accordo SPS, esse non potevano logicamente riferirsi ad esso o eseguirne particolari obbligazioni.

Il Tribunale fece poi riferimento alla necessità di preservare l'ambito di manovra di cui godono le istituzioni comunitarie nell'applicazione degli obblighi derivanti dalla partecipazione all'OMC. Consentire ai privati di invocare i suddetti obblighi presso la Corte di giustizia avrebbe compromesso questo margine di discrezionalità, costringendo la Corte stessa ad una inopportuna interferenza nella politica commerciale europea. L'esistenza di una deci-

¹⁴⁰ Direttiva del Consiglio n. 88/146/Cee del 7 marzo 1988, in *Guce* n. L 70 del 16 marzo 1988.

¹⁴¹ WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, Report of the Appellate Body, 16 January 1998. In dottrina cfr. G. ADINOLFI, *La soluzione*, cit. supra, nota 5, p. 226 ss. L'atteggiamento tenuto dall'Unione europea durante lo svolgimento di tutte le fasi procedurali dimostra che, al termine di un'attenta comparazione tra costi e benefici, essa abbia ritenuto i vantaggi socio-economici dell'inadempimento superiori rispetto ai pregiudizi costituiti dalle sanzioni tariffarie. È probabile che la volontà di mantenere salde le proprie posizioni politiche e culturali nel campo della sicurezza alimentare, opposte rispetto a quelle proprie degli Stati Uniti, abbia indotto gli organi comunitari ad affrontare le conseguenze negative causate dalla mancata esecuzione. Cfr. R. A. FORD, *The Beef Hormone Dispute and Carousel Sanctions: a Roundabout Way of Forcing Compliance with World Trade Organization decisions*, in *Brooklyn J. Int'l L.*, 2001-2002, p. 543-573, p. 562-563.

¹⁴² Ad essa «sin dal principio e a causa di detto embargo» sarebbe stato legalmente impedito l'esercizio di una delle attività in vista delle quali assumeva di essere stata costituita «vale a dire, l'importazione di carne di manzo di origine americana trattata con determinati ormoni». Sentenza del Tribunale di primo grado dell'11 gennaio 2002 in causa n. T-174/00, *Biret International SA c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 17, par. 39. Un ricorso parallelo e di analogo contenuto venne instaurato dalla società madre *Établissements Biret et Cie SA*. V. sentenza del Tribunale di primo grado dell'11 gennaio 2002 in causa n. T-210/00, *Établissements Biret et Cie SA c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 47. Considerata la sostanziale identità delle argomentazioni qui di seguito si terrà conto solo dell'azione intentata dalla società *Biret International SA*.

sione del DSB che stabiliva l'illiceità delle misure contestate non fu affatto presa in considerazione in quanto il Tribunale la ritenne «necessariamente e direttamente legata» al motivo relativo alla violazione dell'Accordo SPS; essa avrebbe potuto quindi essere valutata solo nel caso in cui l'effetto diretto di tale Accordo fosse stato preventivamente riconosciuto dai giudici comunitari¹⁴³.

Il 16 marzo 2002, la *Biret* fece ricorso in appello contro la decisione. Come chiari l'Avvocato Generale Alber in apertura delle proprie conclusioni, il ricorso concerneva essenzialmente la questione se «la costante giurisprudenza della Corte, in base alla quale il singolo non può invocare le norme dell'OMC per contestare la legittimità di atti normativi comunitari, sia applicabile anche nell'ipotesi in cui tali norme abbiano ricevuto concretizzazione per effetto di una pronuncia dell'organo di conciliazione dell'OMC»¹⁴⁴. La parte ricorrente si rivolse alla Corte di giustizia domandando appunto l'abbandono, in simili casi, di questa impostazione tradizionale. Essa proponeva appello nei confronti della sentenza in base a due motivazioni: una erronea interpretazione dell'art. 300, par. 7 del Trattato CE ed una erronea interpretazione dell'art. 48 del regolamento di procedura del Tribunale di primo grado.

Rilevante ai nostri fini è soprattutto il motivo basato sull'art. 300, par. 7. La norma in esame dispone che «gli accordi conclusi alle condizioni indicate nel presente articolo sono vincolanti per le istituzioni della Comunità e per gli Stati membri». Secondo la ricorrente tale disposizione obbligava a riconoscere gli accordi istitutivi dell'OMC come facenti parte a pieno titolo del diritto comunitario. Risultava pertanto contraddittorio, nell'opinione della *Biret*, negare nel contempo che essi potessero costituire un parametro per la valutazione degli atti comunitari di diritto derivato. Essa opinava piuttosto che la disposizione in questione dovesse essere interpretata «nel senso che l'osservanza di una norma di diritto internazionale da parte delle istituzioni comunitarie potrebbe essere subordinata soltanto alla circostanza che essa sia divenuta parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario. E non vi sarebbe alcun dubbio che ciò sia avvenuto per gli accordi OMC»¹⁴⁵.

L'Avvocato Generale, nelle proprie argomentazioni, dedicò ampio spazio alla descrizione del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC. Egli sottolineò in particolare il fatto che esso fosse tale da escludere definitivamente la possibilità di sopportare l'imposizione di sanzioni commerciali «quale prezzo da pagare per mantenere misure contrarie al diritto dell'OMC»¹⁴⁶. Egli pervenne dunque a conclusioni opposte rispetto a quelle del

¹⁴³ Par. 67. V. A. THIES, *Biret and beyond: The status of WTO rulings in EC law*, CMLR, 2004, p. 1661-1682, pp. 1664-1665.

¹⁴⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Alber del 15 maggio 2003 in causa n. C-93/02 P, *Biret International SA c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10497, par. 1.

¹⁴⁵ Par. 17.

¹⁴⁶ Egli chiari piuttosto che «dopo l'adozione di una raccomandazione o di una decisione del

Tribunale di primo grado ed affermò che non vi fosse ragione di negare alla *Biret* il diritto al risarcimento dei danni sofferti. La rifusione di tali danni non avrebbe infatti in alcun modo ridotto il margine di discrezionalità degli organi legislativi ed esecutivi europei, giacché a mezzo di una domanda di risarcimento i privati non possono imporre alla Comunità l'adozione di un determinato comportamento¹⁴⁷.

Poiché è necessario, affinché sorga la responsabilità comunitaria per violazione di norme giuridiche, che tali norme siano poste a tutela dei singoli, egli chiarì che il diritto dell'OMC presenta in effetti la suddetta caratteristica, avendo come ultimi destinatari gli imprenditori privati, veri attori del commercio internazionale¹⁴⁸.

Sulla base delle suddette argomentazioni l'Avvocato Generale ebbe a concludere, in maniera abbastanza rivoluzionaria, con la richiesta di annullamento della decisione impugnata e di rinvio della causa al Tribunale di primo grado.

Il 30 settembre 2003, al termine del procedimento di appello, venne pronunciata la sentenza della Corte di giustizia¹⁴⁹. Dopo aver sottoposto a vaglio il giudizio del Tribunale, la Corte stabilì che quest'ultimo era incorso in diversi errori di diritto, tra cui in particolare, il fatto di non aver adeguatamente considerato il motivo della ricorrente relativo alla violazione dell'Accordo SPS. Il Tribunale aveva cioè ommesso di trattare l'argomento, avanzato dalla *Biret*, secondo cui gli effetti giuridici della decisione emanata dal DSB nei confronti dell'Unione europea erano tali da rimettere in discussione il tradi-

DSB le parti contraenti dell'OMC non dispongono più di alcun margine di discrezionalità». Par. 83. Pur ammettendo la possibilità che l'inottemperanza fosse frutto di un'opzione di politica commerciale dello Stato membro, l'Avvocato Generale sostenne che una siffatta opzione non potesse ritenersi giuridicamente ammissibile. La sua idoneità a prospettarsi in concreto dipendeva in definitiva dalla natura stessa del diritto internazionale che «non conosce, in linea di principio, misure di coercizione». Par. 88.

¹⁴⁷ Quanto al problema dell'assenza di effetto diretto delle norme OMC nell'ambito dell'ordinamento comunitario, l'Avvocato Generale asserì che la decisione n. 94/800/Ce (con la quale il Consiglio approvò l'Accordo istitutivo dell'Organizzazione), nell'affermare che tale accordo «non è di natura tale da essere invocato direttamente dinanzi alle autorità giudiziarie della Comunità e degli Stati membri», avesse rappresentato un tentativo illegittimo di limitarne gli effetti giuridici. Queste affermazioni sono spesso criticate in dottrina. Alcuni sostengono in particolare che esse avrebbero senso solo se il diritto OMC imponesse agli Stati membri il riconoscimento dell'efficacia diretta. V. A. VON BOGDANDY, *Legal Effects of World Trade Organization Decisions Within European Union Law: A Contribution to the Theory of the Legal Acts of International Organizations and the Action for Damages Under Article 288(2) EC*, *JWT*, 2005, p. 45-66, p. 54. L'Autore in generale critica l'impostazione di Alber perché la ritiene frutto più di una personale inclinazione a riconoscere la massima autorità alle decisioni del DSB che non di un ragionamento rigorosamente giuridico.

¹⁴⁸ Benché l'OMC sia un'organizzazione intergovernativa in cui i privati non hanno un ruolo diretto, essa è pur sempre istituita al fine di governare le regole di accesso al mercato a vantaggio delle singole imprese nazionali degli Stati membri. V. G. A. ZONNEKEYN., *EC Liability for the Non-Implementation of WTO Dispute Settlement Decisions-Advocate General Alber Proposes a "Copernican Innovation" in the Case Law of the ECJ*, in *Journ. Internat. Econ. Law*, 2003, p. 761-769, p. 767-769.

¹⁴⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003 in causa n. C-93/02 P, *Biret International SA c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10497.

zionale convincimento riguardante la mancanza di effetti diretti delle norme OMC. Ciò nonostante la Corte finì per respingere l'appello in quanto ritenne che il dispositivo della sentenza impugnata risultasse comunque fondato alla luce di altre motivazioni giuridiche.

Essa considerò infatti che, anche a voler ammettere la possibilità di sottoporre gli atti comunitari ad una valutazione di legittimità alla luce delle decisioni adottate nell'ambito del sistema OMC, tale valutazione non fosse comunque concepibile nel periodo anteriore allo scadere del ragionevole periodo per l'esecuzione. Nel caso in esame, poiché l'attività della società ricorrente era cessata già a partire dal 1995 e poiché la scadenza del ragionevole periodo per l'esecuzione si era avuta solo nel 1999, la *Biret* non poteva lamentare alcun danno che la Corte fosse legittimata a prendere in considerazione¹⁵⁰. Le singolari circostanze della fattispecie in esame impedivano alla Corte di sviluppare specifici criteri per la revisione della legittimità delle misure europee alla luce delle decisioni del DSB dopo lo spirare del ragionevole periodo. In definitiva venne lasciata aperta la possibilità di una siffatta revisione, di modo che le argomentazioni della Corte si mostrarono in qualche misura equivocate. Da esse non si evinceva un rifiuto espresso delle argomentazioni di Alber ma neppure un accoglimento chiaro delle medesime. La reazione della dottrina fu ampiamente positiva. Da molti la decisione fu interpretata come una tacita accettazione delle conclusioni dell'Avvocato Generale, cosicché ebbe a diffondersi l'aspettativa di una decisiva svolta della giurisprudenza comunitaria negli anni a venire¹⁵¹.

4.3 Il caso *Van Parys* e la giurisprudenza più recente

L'occasione per una simile svolta fu offerta alla Corte un paio di anni più tardi. Essa si trovò infatti alle prese con una causa, la cosiddetta *Van Parys*, che presentava diversi punti di contatto con il caso *Biret*, concernendo il regime di importazione comunitario delle banane così come riformato in attuazione della decisione del DSB.

Nel 1998 la *Van Parys*, impresa stabilita in Belgio e dedita all'importazione in Europa di banane provenienti dall'Ecuador, presentò al *Belgian Intervention and Refund Bureau* (BIRB) una domanda per titoli di importazione

¹⁵⁰ Essa dichiarò quindi che «senza che occorra interrogarsi sulle eventuali conseguenze in materia di risarcimento che potrebbe comportare per i privati la mancata esecuzione da parte della Comunità di una decisione del DSB che constata l'incompatibilità di un atto comunitario con le norme dell'OMC, si deve constatare che, nel caso di specie, in mancanza di danno dimostrato dopo il 13 maggio 1999, la responsabilità della Comunità non può comunque essere fatta valere». Par. 64.

¹⁵¹ Cfr., tra gli altri, A. ALEMANN, *Judicial Enforcement of the WTO Hormones Ruling within the European Community: Toward EC Liability for the Non-Implementation Of WTO Dispute Settlement Decisions?*, in *Harv ILJ*, 2004, p. 547-561, p. 558; A. THIES, *Biret*, cit. *supra*, nota 143, p. 1667-1669; D. DE MEY - P. IBÁÑEZ COLOMO, *Recent*, cit. *supra*, nota 138, p. 67-68.

relativa ad un determinato quantitativo di banane. Nel 1999 furono proposte diverse nuove domande attinenti a quantitativi determinati di banane provenienti da diversi Paesi produttori. Il BIRB però rifiutò di emettere i titoli di importazione per i quantitativi complessivamente domandati. La *Van Parys* propose perciò un duplice ricorso presso l'organo amministrativo supremo belga, il *Raad van State*, avverso le decisioni che avevano applicato specifici coefficienti di riduzione alle quantità da essa proposte. In tali ricorsi essa argomentò che le decisioni medesime dovessero ritenersi illecite perché fondate su un regime di importazione considerato dal DSB contrario alle disposizioni del diritto dell'OMC. Il *Raad van State* sospese i procedimenti e presentò alla Corte di giustizia, in base all'art. 234 del Trattato CE, una serie di questioni pregiudiziali relative, tra l'altro, alla validità dei regolamenti comunitari in materia di importazione delle banane rispetto alle disposizioni del GATT¹⁵².

Particolarmente interessanti appaiono le conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, largamente conformi a quelle di Alber. Tizzano fece propria la concezione, già espressa dal suo predecessore, secondo cui dopo l'emanazione di una decisione del DSB sorge in capo alle parti un vero e proprio dovere di conformarsi ad essa. Pertanto, «invece (...) di avallare un'opzione di politica commerciale, possibile in fatto ma contraria al diritto» costituita dal mancato adempimento di tali decisioni, la Corte avrebbe dovuto «applicare il principio di legalità e riconoscere il carattere vincolante delle decisioni del DSB, al più tardi alla scadenza del termine concesso per ottemperarvi»¹⁵³.

Quanto al precedente costituito dalla sentenza della Corte di giustizia, egli ne offrì una interpretazione del tutto in linea con le posizioni accolte. Egli sostenne anzi che essa fosse in grado di aprire «spiragli interessanti, se non incoraggianti» per la tesi da lui condivisa¹⁵⁴. Secondo la sua ricostruzione, non avendo ricusato le argomentazioni dell'Avvocato Generale Alber, la Corte ne aveva consentito la riproposizione in ulteriori giudizi. Su tali basi Tizzano poté affermare che il regime europeo di importazione delle banane, ripetutamente condannato dal *Dispute Settlement Body*, fosse da considerarsi integralmente illegittimo¹⁵⁵.

¹⁵² Sentenza della Corte di giustizia del 1° marzo 2005 in causa n. C-377/02, *Léon Van Parys NV c. Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 1465. Il ricorso alla suprema Corte appariva necessario in quanto era in gioco la validità di atti comunitari, una questione evidentemente al di fuori dalle competenze di un giudice nazionale.

¹⁵³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano del 18 novembre 2004 in causa n. C-377/02, *Léon van Parys NV c. Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 1465, par. 65. Con un accento in qualche misura polemico egli dichiarò addirittura che in una «comunità di diritto» le decisioni del DSB non possono non costituire un parametro di legittimità delle norme comunitarie e che quindi «la Corte non dovrebbe, in nome di motivazioni di dubbio valore giuridico, avallare l'evidente vulnus alle ragioni della legalità che conseguirebbe all'opposta soluzione». Par. 73.

¹⁵⁴ Par. 74.

¹⁵⁵ Le conclusioni dell'Avvocato Generale sono talvolta criticate in dottrina. Si afferma soprat-

La Corte tuttavia giunse ad opposte conclusioni. Non solo essa negò effetto diretto alle regole dell'OMC nella controversia in esame, ma si discostò drasticamente dalle ambigue posizioni assunte nel caso *Biret*. Nel momento in cui molti si aspettavano da parte sua un deciso rovesciamento a favore del riconoscimento delle decisioni del DSB come parametro di valutazione della legittimità degli atti comunitari, essa si tirò indietro adottando un atteggiamento di straordinaria chiusura ed emanando una sentenza il più possibile conforme alla giurisprudenza anteriore.

Essa non fece altro che richiamare i propri precedenti, ed in particolare la sentenza *Portogallo c. Consiglio*, ribadendo che «tenuto conto della loro natura e della loro economia, gli accordi OMC non figurano in linea di principio tra le normative alla luce delle quali la Corte controlla la legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie»¹⁵⁶. Quanto poi all'esistenza nel caso di specie di una pronuncia del DSB attestante l'illegittimità del comportamento europeo, essa si limitò a sottolineare che «il sistema di risoluzione delle controversie» nell'ambito dell'OMC «riserva, nondimeno, come la Corte ha già avuto occasione di rilevare, un ruolo importante ai negoziati tra le parti»¹⁵⁷. Infine, facendo riferimento al rispetto del principio di reciprocità nell'applicazione degli accordi OMC, i giudici ribadirono di non ritenersi investiti del compito di tutelare la conformità del diritto comunitario agli accordi stessi poiché ciò «equivarrebbe a privare gli organi legislativi o esecutivi della Comunità del margine di manovra di cui dispongono gli organi analoghi delle controparti commerciali della Comunità»¹⁵⁸. Essi conclusero quindi affermando che «un operatore economico, in un caso come quello di specie, non può invocare dinanzi a un giudice di uno Stato membro l'incompatibilità di una normativa comunitaria con talune regole dell'OMC, quando tale incompatibilità è stata dichiarata dal DSB»¹⁵⁹.

Le soluzioni richiamate hanno trovato sostanziale conferma nella giurisprudenza più recente del Tribunale di primo grado. Ci riferiamo in particolare ad alcune sentenze pronunciate sui ricorsi presentati da più imprese private (e riuniti per ragioni di connessione) per il risarcimento dei danni derivanti dalla maggiorazione dei dazi all'importazione, imposti a titolo di contromisu-

tutto che l'effetto attribuito da Alber all'inadempimento delle decisioni del DSB nel contesto di un'azione per danni non possa estendersi ad una azione di invalidità. Se nel primo caso il richiamo alle statuizioni del sistema OMC non è idoneo a limitare la discrezionalità degli organi comunitari, non altrettanto può dirsi nel secondo. Cfr. F. DI GIANNI - R. ANTONINI, *DSB Decisions and Direct Effect of WTO Law: Should the EC Courts be More Flexible when the Flexibility of the WTO System has Come to an End?*, *JWT*, 2006, p. 777-793, p. 787.

¹⁵⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 1° marzo 2005 in causa n. C-377/02, *Léon Van Parys*, cit. *supra*, nota 152, par. 39.

¹⁵⁷ Par. 42.

¹⁵⁸ Par. 53.

¹⁵⁹ Par. 54.

ra dalle autorità degli Stati Uniti sui loro prodotti, in conseguenza dell'accertamento dell'incompatibilità con gli accordi OMC del regime comunitario d'importazione delle banane¹⁶⁰.

Il Tribunale ha infatti ribadito tutte le consuete posizioni a proposito della non configurabilità degli accordi OMC come parametro di legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie, anche in presenza di una pronuncia di inottemperanza emanata dal *Dispute Settlement Body*. Nella sentenza *FIAMM* esso ha inoltre precisato che, con l'assunzione dell'impegno di conformarsi alla decisione degli organi di risoluzione delle controversie che condannava le misure contestate, «la Comunità non ha inteso assumere un obbligo particolare nell'ambito dell'OMC, tale da giustificare un'eccezione alla non invocabilità delle norme dell'OMC dinanzi al giudice comunitario e da consentire a quest'ultimo di esercitare il controllo sulla liceità del comportamento delle istituzioni comunitarie rispetto a tali norme»¹⁶¹.

Stante quindi l'impossibilità di configurare come illegittimo il regime comunitario di importazione delle banane, il Tribunale ha poi provveduto a verificare se nel caso di specie potesse configurarsi una responsabilità extracontrattuale della Comunità per i danni causati dai suoi organi anche in assenza di un'azione illecita da parte di questi. Affinché una siffatta responsabilità venga in essere è necessario che ricorrano tutte le seguenti condizioni: l'effettività del danno subito, il nesso di causalità tra questo e il comportamento adottato dalle istituzioni comunitarie, nonché il carattere anormale e speciale del danno stesso. Tale ultimo requisito non è stato considerato sussistente nelle fattispecie in esame, con conseguente rigetto di tutti i ricorsi da parte del Tribunale. Infatti «l'eventualità di una sospensione delle concessioni tariffarie (...) è una delle vicende inerenti al sistema attuale del commercio internazionale. Di conseguenza, tale vicenda viene necessariamente sopportata da qualsiasi operatore che decida di immettere la sua produzione sul mercato di uno dei membri dell'OMC»¹⁶².

Merita un cenno, infine, l'ulteriore sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia nel settembre del 2007 su domanda pregiudiziale sottoposta dalla

¹⁶⁰ Sentenze del Tribunale di primo grado del 14 dicembre 2005 in causa n. T-69/00, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) e Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies, Inc. (FIAMM Technologies) c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2005, II, p. 5393; 14 dicembre 2005 in causa n. T-135/01, *Giorgio Fedon & Figli SpA, Fedon Srl e Fedon America, Inc. c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2005, II, p. 29 e 14 dicembre 2005 in causa n. T-383/00, *Beamglow Ltd c. Parlamento europeo, Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2005, II, p. 5459.

¹⁶¹ Par. 116.

¹⁶² Par. 205. Cfr. M. SCHMAUCH, *Non-compliance with WTO law by the European Community - neither unlawful conduct nor unusual damage*, in *European Law Reporter*, 2006, p. 98-101; G. MONTELLA, *La responsabilità extracontrattuale della Comunità e la gestione politica degli effetti delle norme convenzionali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, p. 840-843.

High Court of Justice¹⁶³. La questione riguardava il regime dei dazi *antidumping* imposti dalla Comunità europea alle importazioni di biancheria da letto provenienti dall'India, dall'Egitto e dal Pakistan, così come riformulato in seguito alla condanna delle originarie misure da parte del DSB nel caso *EC-Bed Linen*¹⁶⁴. Il supremo Tribunale inglese domandava, tra l'altro, alla Corte di giustizia di accertare se la Corte stessa dovesse considerarsi vincolata dalle raccomandazioni e dalle decisioni del DSB nella propria valutazione della legittimità del citato regime rispetto al diritto comunitario.

Anche in questo caso la Corte, dopo aver richiamato la propria pregressa giurisprudenza, ha concluso affermando che «in circostanze come quelle della causa principale, la legittimità del regolamento n. 2398/97 non può essere sindacata con riferimento all'accordo *antidumping*, come successivamente interpretato dalle raccomandazioni del DSB, poiché risulta chiaramente dai regolamenti successivi che la Comunità, escludendo il rimborso dei dazi pagati in base al regolamento n. 2398/97 non ha affatto inteso dare esecuzione ad un obbligo particolare assunto nel contesto dell'OMC»¹⁶⁵. La Corte ha finito poi per dichiarare l'invalidità dell'art. 1 del citato Regolamento, ammettendo anche il diritto dei privati importatori al rimborso dei dazi pagati in forza dello stesso, ma ha desunto tale invalidità dal solo diritto comunitario, senza prendere affatto in considerazione l'ulteriore parametro costituito dalle statuizioni del *Dispute Settlement Body*.

4.4 Considerazioni conclusive sul punto

L'analisi di questa recente prassi sollecita qualche riflessione conclusiva in merito alle reali motivazioni che sono alla base del costante rifiuto della Corte di riconoscere l'applicabilità sul piano interno del diritto OMC e delle statuizioni del DSB. A tale proposito spunti interessanti sono offerti da quella pregevole dottrina secondo la quale tali motivazioni vanno ricercate soprattutto nell'intento di provvedere efficacemente alla difesa dell'autonomia dell'ordinamento comunitario da parte dei suoi giudici¹⁶⁶. Tale autonomia sarebbe tanto più importante da garantire rispetto ad un sistema come quello dell'OMC, caratterizzato da una speciale "pervasività", che può consentire ad es-

¹⁶³ Sentenza della Corte di giustizia del 27 settembre 2007 in causa n. C-351/04, *Ikea Wholesale Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 7723.

¹⁶⁴ V. Regolamento (Ce) del Consiglio n. 2398/97 del 28 novembre 1997, in *Guce* n. L 332 del 4 dicembre 1997; Regolamento (Ce) del Consiglio n. 1644/2001 del 7 agosto 2001, in *Guce* n. L 19 del 14 agosto 2001; Regolamento (Ce) del Consiglio n. 160/2002 del 28 gennaio 2002, in *Guce* n. L 26 del 30 gennaio 2002; Regolamento (Ce) del Consiglio n. 696/2002 del 22 aprile 2002, in *Guce* n. L 109 del 25 aprile 2002.

¹⁶⁵ Par. 35.

¹⁶⁶ V. P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2006, p. 422.

so, anche attraverso il proprio sistema di risoluzione delle controversie, di condizionare profondamente l'esercizio delle competenze e la realizzazione delle politiche della Comunità¹⁶⁷.

Non v'è dubbio che simili preoccupazioni abbiano effettivamente influenzato gli orientamenti della Corte, soprattutto in epoca risalente e segnatamente durante la vigenza del GATT 1947, quando il consolidamento dell'autonomia dell'ordinamento comunitario era notoriamente tra gli obiettivi principali da questa perseguiti. Già allora, comunque, la soluzione prescelta, che di fatto ridimensionava sensibilmente il rango delle disposizioni del GATT nell'ambito del diritto comunitario, sollevava larghe critiche in dottrina¹⁶⁸. Tali critiche sono ancor più valide con riferimento al sistema OMC che, rispetto al proprio predecessore, appare profondamente rinnovato ed è capace di far sorgere in capo allo Stato risultato soccombente dinanzi all'Organo di risoluzione delle controversie un vero e proprio obbligo di adempimento della decisione adottata. Un siffatto obbligo, solo temporaneamente e parzialmente superabile attraverso soluzioni concordate tra le parti, potrebbe quindi legittimamente essere riconosciuto come suscettibile di azionamento ad opera delle persone fisiche e giuridiche e di applicazione da parte dei giudici comunitari. Non si dimentichi, del resto, che il sistema giuridico europeo si qualifica proprio per la possibilità, riconosciuta ai privati, di agire in giudizio al fine di ottenere l'annullamento di atti comunitari illegittimi o il risarcimento dei conseguenti danni e che tale illegittimità ben può derivare dalla incompatibilità dei suddetti atti con accordi internazionali conclusi dalla Comunità¹⁶⁹. L'orientamento abbracciato dalla Corte comporta quindi una stridente deroga alla menzionata configurazione del sistema giuridico comunitario, tale da suscitare ancora oggi perplessità e aspettative di rettifica. Queste ultime appaiono però destinate con tutta probabilità ad andare costantemente deluse. La giurisprudenza recente non sembra infatti lasciare spazio a prospettive di ripensamenti, in quanto ribadisce integralmente la tradizionale impostazione in materia di diretta applicabilità del diritto OMC, come risulta evidente dalla lettura delle ultime sentenze sopra citate. Tanto il Tribunale di primo grado quanto la Corte hanno infatti manifestato in tali decisioni la netta intenzione di escludere ad ogni costo, anche a rischio di incorrere in qualche forzatura, la

¹⁶⁷ Cfr. ancora P. MENGOZZI, *Istituzioni*, cit. *supra*, nota 166, p. 422 ss. L'Autore sostiene che l'assunzione di rilievo del diritto OMC all'interno dell'ordinamento comunitario non possa ricondursi, in assenza di una vera e propria "ritrazione" tra l'uno e l'altro sistema giuridico, ad un fenomeno di efficacia diretta, ma possa conseguire esclusivamente ad un atteggiamento di carattere generale o ad un atto legislativo dell'ordinamento comunitario. Egli arriva addirittura a prospettare che la Corte di giustizia abbia finito con l'attribuire alle norme comunitarie incompatibili con gli accordi OMC il carattere di norme di applicazione necessaria ed abbia di fatto condizionato l'incorporazione di detti accordi nel sistema giuridico comunitario al rispetto di alcuni fondamentali principi quali quello del buon funzionamento e quello dell'autonomia della Comunità.

¹⁶⁸ Cfr. P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto*, cit. *supra*, nota 2, p. 550.

¹⁶⁹ V. P. MENGOZZI, *Istituzioni*, cit. *supra*, nota 166, p. 420.

possibilità di individuare eccezioni al divieto di invocabilità delle deliberazioni del DSB. La volontà di garantire alla Comunità piena autonomia nel campo della politica commerciale e il proponimento di preservarla da un possibile difetto di reciprocità nell'applicazione degli accordi OMC, sembrano quindi continuare ad indirizzare la Corte verso un approccio influenzato più da esigenze politiche che non da argomentazioni strettamente giuridiche.

Laura Zoppo*

* Dottoranda in Diritto Internazionale e dell'Unione europea / Università "Sapienza" di Roma.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

L'USO DELLA DENOMINAZIONE «PARMESAN» E LA PROTEZIONE DELLE DENOMINAZIONI D'ORIGINE DEI PRODOTTI AGRICOLI E ALIMENTARI

Corte di giustizia

Sentenza del 26 febbraio 2008 in causa n. C-132/05*

Commissione delle Comunità europee, sostenuta da Repubblica ceca e da Repubblica italiana c. Repubblica federale di Germania, sostenuta da Regno di Danimarca e da Repubblica d'Austria

Art. 226 CE - Ricorso per inadempimento di uno Stato - Regolamento (Cee) n. 2081/92 - Protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari - Formaggio «Parmigiano Reggiano» - Uso della denominazione «Parmesan» - Obbligo di uno Stato membro di sanzionare d'ufficio l'uso illegittimo di una denominazione d'origine protetta - L'art. 13, n. 1, lett. b. del regolamento (Cee) n. 2081/92, interpretato alla luce dell'art. 10 del medesimo regolamento, non impone tale obbligo.

Nel sistema di protezione istituito mediante il regolamento n. 2081/92 le questioni relative alla protezione da accordare ai singoli elementi di una denominazione, e segnatamente quelle relative all'eventualità che si tratti di un nome generico o di un elemento protetto contro le prassi oggetto dell'art. 13 del detto regolamento, rientrano nella competenza del giudice nazionale, che le risolverà in base ad un'analisi approfondita del contesto fattuale quale ri-

* In argomento v. *infra*, p. 323 ss., il commento di S. VENTURA e, p. 329 ss., le note di F. CAPELLI.

costruito ed illustrato dagli interessati. In tale contesto non può avere fortuna l'argomento della Repubblica federale di Germania secondo cui una DOP beneficia della tutela ex art. 13 del regolamento n. 2081/92 solo nella forma precisa in cui è registrata.

Non avendo la Repubblica federale di Germania dimostrato che la denominazione «Parmesan» riveste carattere generico, l'utilizzazione del termine «Parmesan» per formaggi che non sono conformi al disciplinare della DOP «Parmigiano Reggiano» deve essere considerata, nella fattispecie, lesiva della tutela riconosciuta dall'art. 13, n. 1, lett. b., del regolamento n. 2081/92.

Gli organi di controllo cui incombe l'obbligo di assicurare il rispetto del disciplinare delle DOP sono quelli dello Stato membro da cui proviene la DOP medesima. Il controllo sul rispetto del disciplinare nell'uso della DOP «Parmigiano Reggiano» non compete quindi alle autorità di controllo tedesche.

La Commissione non ha presentato elementi nel senso che disposizioni legislative atte a contrastare l'uso illecito delle DOP non siano state adottate dalla Repubblica federale di Germania o non fossero idonee a tutelare la DOP «Parmigiano Reggiano». Pertanto la Commissione non ha dimostrato che la Repubblica federale di Germania, rifiutando formalmente di perseguire come illecito l'impiego nel suo territorio della denominazione «Parmesan» nell'etichettatura di prodotti non corrispondenti al disciplinare della DOP «Parmigiano Reggiano», è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 13, n. 1, lett. b., del regolamento n. 2081/92.

(Omissis) **In diritto**

Quanto alla protezione delle denominazioni composte

(Omissis)

30. Nel sistema di protezione istituito mediante il regolamento n. 2081/92 le questioni relative alla protezione da accordare ai singoli elementi di una denominazione, e segnatamente quelle relative all'eventualità che si tratti di un nome generico o di un elemento protetto contro le prassi oggetto dell'art. 13 del detto regolamento, rientrano nella competenza del giudice nazionale, che le risolverà in base ad un'analisi approfondita del contesto fattuale quale ricostruito ed illustrato dagli interessati (sentenza *Chiciak e Fol*, cit., punto 38).

31. In tale contesto non può avere fortuna l'argomento della Repubblica federale di Germania secondo cui una DOP beneficia della tutela ex art. 13 del regolamento n. 2081/92 solo nella forma precisa in cui è registrata.

Quanto al pregiudizio arrecato alla DOP «Parmigiano Reggiano»

(Omissis)

42. Occorre anzitutto stabilire se, rispetto alla DOP «Parmigiano Reggiano», l'uso della denominazione «Parmesan» rientri in uno dei casi contemplati dall'art. 13, n. 1, del regolamento n. 2081/92.

43. A tale proposito giova ricordare che, in forza dell'art. 13, n. 1, lett. *b.*, del detto regolamento, le denominazioni registrate sono tutelate, in particolare, contro qualsiasi usurpazione, imitazione o evocazione, anche se l'origine vera del prodotto è indicata o se la denominazione protetta è una traduzione.

44. In merito all'evocazione di una DOP, la Corte ha stabilito che tale nozione si riferisce all'ipotesi in cui il termine utilizzato per designare un prodotto incorpori una parte di una denominazione protetta, di modo che il consumatore, in presenza del nome del prodotto, sia indotto ad aver in mente, come immagine di riferimento, la merce che fruisce della denominazione (sentenza 4 marzo 1999 in causa n. C-87/97, *Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola*, Raccolta, I, p. 1301, punto 25).

45. La Corte ha precisato che può esservi evocazione di una DOP in mancanza di qualunque rischio di confusione tra i prodotti di cui è causa e anche quando nessuna tutela comunitaria si applichi agli elementi della denominazione di riferimento ripresi dalla terminologia controversa (sentenza *Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola*, cit., punto 26).

46. Nella presente causa sussistono analogie fonetiche ed ottiche fra le denominazioni «Parmesan» e «Parmigiano Reggiano» in un contesto in cui i prodotti di cui è causa sono formaggi a pasta dura, grattugiati o da grattugiare, cioè simili nel loro aspetto esterno (v., in tal senso, sentenza *Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola*, cit., punto 27).

47. Peraltro, che la denominazione «Parmesan» sia o meno la traduzione esatta della DOP «Parmigiano Reggiano» o del termine «Parmigiano», si deve tener conto anche della somiglianza concettuale tra tali due termini, pur di lingue diverse, testimoniata dal dibattito dinanzi alla Corte.

48. Tale somiglianza, come già le somiglianze fonetiche e ottiche rilevate al punto 46 della presente sentenza, è idonea ad indurre il consumatore a prendere come immagine di riferimento il formaggio recante la DOP «Parmigiano Reggiano» quando si trova dinanzi ad un formaggio a pasta duro, grattugiato o da grattugiare, recante la denominazione «Parmesan».

49. In tale contesto, l'uso della denominazione «Parmesan» dev'essere considerato un'evocazione della DOP «Parmigiano Reggiano» ai sensi dell'art. 13, n. 1, lett. *b.*, del regolamento n. 2081/92.

50. Sapere se la denominazione «Parmesan» sia la traduzione della DOP «Parmigiano Reggiano» è quindi irrilevante ai fini dell'esame del presente ricorso.

51. La Repubblica federale di Germania sostiene, tuttavia, che, siccome la denominazione «Parmesan» è divenuta una denominazione generica, utilizzarla non equivale ad evocare illecitamente la DOP «Parmigiano Reggiano».

52. Spettava alla Repubblica federale di Germania dimostrare la fondatezza di tale argomento, tanto più che la Corte ha già affermato che è tutt'altro che evidente che la denominazione «parmesan» sia divenuta generica (sentenza *Bigi*, cit., punto 20).

53. Nel valutare la genericità di una denominazione occorre prendere in considerazione, conformemente all'art. 3, n. 1, del regolamento n. 2081/92, i luoghi di produzione del prodotto considerato sia all'interno sia al di fuori dello Stato membro che ha ottenuto la registrazione della denominazione in oggetto, il consumo di tale prodotto e il modo in cui viene percepita dai consumatori la sua denominazione all'interno e al di fuori del detto Stato membro, l'esistenza di una normativa nazionale

specifica relativa al detto prodotto, nonché il modo in cui la detta denominazione è stata utilizzata nella legislazione comunitaria (v. sentenza 25 ottobre 2005, cause riunite n. C-465/02 e n. C-466/02, *Germania e Danimarca c. Commissione*, *Raccolta*, I, p. 9115, punti 76-99).

54. Orbene, come ha rilevato l'Avvocato Generale ai par. 63 e 64 delle conclusioni, la Repubblica federale di Germania si è limitata a produrre citazioni tratte da dizionari e da letteratura specializzata che non offrono un quadro completo del modo in cui il termine «parmesan» è percepito dai consumatori in Germania e in altri Stati membri, e non ha presentato neppure dati relativi alla produzione o al consumo del formaggio commercializzato con la denominazione «parmesan» in Germania o in altri Stati membri.

55. Inoltre, dalla documentazione sottoposta alla Corte risulta che in Germania alcuni produttori di formaggio recante la denominazione «Parmesan» commercializzano tale prodotto con etichette che richiamano tradizioni culturali e paesaggi italiani. È legittimo dedurre che i consumatori in tale Stato membro percepiscono il formaggio «Parmesan» come un formaggio associato all'Italia anche se, in realtà, è stato prodotto in un altro Stato membro (v., in tal senso, *Germania e Danimarca c. Commissione*, *cit.*, punto 87).

56. All'udienza, infine, la Repubblica federale di Germania non ha fornito informazioni neppure sulle quantità di formaggio prodotto in Italia con la DOP «Parmigiano Reggiano» importate in Germania, non permettendo così alla Corte di avvalersi dei dati relativi al consumo di tale formaggio per concludere in ordine alla genericità o meno della denominazione «Parmesan» (v., in tal senso, sentenza *Germania e Danimarca c. Commissione*, *cit.*, punto 88).

57. Ne consegue che, non avendo la Repubblica federale di Germania dimostrato che la denominazione «Parmesan» riveste carattere generico, l'utilizzazione del termine «Parmesan» per formaggi che non sono conformi al disciplinare della DOP «Parmigiano Reggiano» deve essere considerata, nella fattispecie, lesiva della tutela riconosciuta dall'art. 13, n. 1, lett. b., del regolamento n. 2081/92.

Quanto all'obbligo della Repubblica federale di Germania di perseguire le violazioni dell'art. 13, n. 1, del regolamento n. 2081/92

(*Omissis*)

68. A tale proposito occorre ricordare che la facoltà di cui godono i cittadini di far valere le disposizioni di un regolamento dinanzi ai giudici nazionali non dispensa gli Stati membri dall'adottare le misure interne che permettano di assicurarne la piena e completa applicazione qualora ciò si renda necessario (v., in particolare, sentenza 20 marzo 1986, causa n. 72/85, *Commissione c. Paesi Bassi*, *Raccolta*, p. 1219, punto 20).

69. Non è in discussione che l'ordinamento giuridico tedesco dispone di strumenti giuridici, come le disposizioni legislative menzionate al punto 63 della presente sentenza, per assicurare una tutela effettiva dei diritti che i singoli traggono dal regolamento n. 2081/92. Non è in discussione neppure che la possibilità di impugnare ogni comportamento idoneo a ledere i diritti derivanti da una DOP non è riservata al solo utilizzatore legittimo della stessa, ma è, al contrario, aperta ai concorrenti, alle associazioni di imprese e alle associazioni di consumatori.

70. Se ne desume che una normativa siffatta è idonea a garantire la tutela di interessi diversi da quelli dei produttori dei beni protetti da una DOP, segnatamente: gli interessi dei consumatori.

71. All'udienza, la Repubblica federale di Germania ha del resto indicato che a quella data erano in corso dinanzi ai giudici tedeschi procedimenti relativi all'uso in Germania della denominazione «Parmesan», uno dei quali avviato dal Consorzio del Formaggio Parmigiano Reggiano.

72. Per quanto riguarda la censura della Commissione vertente sull'obbligo degli Stati membri di adottare d'ufficio le misure necessarie a perseguire la violazione dell'art. 13, n. 1, del detto regolamento, occorre considerare quanto segue.

73. Innanzi tutto, un obbligo del genere non deriva dall'art. 10 del regolamento n. 2081/92.

74. Vero è che, per assicurare l'efficacia delle disposizioni del regolamento n. 2081/92, l'art. 10, n. 1, prevede che gli Stati membri provvedano a che entro sei mesi dall'entrata in vigore del regolamento siano predisposte strutture di controllo. Essi sono dunque tenuti a creare tali strutture.

75. Tuttavia, l'art. 10, n. 4, del regolamento n. 2081/92, disponendo che «[q]ualora constata che un prodotto agricolo o alimentare recante una denominazione protetta originaria del suo Stato membro non risponde ai requisiti del disciplinare, le autorità di controllo designate e/o gli organismi privati di uno Stato membro prendono i necessari provvedimenti per assicurare il rispetto del presente regolamento (...)», indica che le autorità di controllo designate e/o gli organismi privati di uno Stato membro sono quelli dello Stato membro di provenienza della DOP.

76. Il fatto che, al n. 3, parli di «produttore o trasformatore soggetto al controllo», al n. 6, del diritto dei produttori all'accesso al sistema di controllo e, al n. 7, dell'obbligo dei produttori di sostenere i costi dei controlli, conferma che l'art. 10 del regolamento n. 2081/92 riguarda obblighi degli Stati membri da cui proviene la DOP.

77. Tale interpretazione è ulteriormente confortata dal combinato disposto degli artt. 4, n. 2, lett. g., e 5, nn. 3 e 4, del regolamento n. 2081/92 dal quale emerge che la domanda di registrazione deve includere il disciplinare, che tale domanda deve essere inviata allo Stato membro sul cui territorio è situata l'area geografica interessata e che il detto disciplinare deve contenere «i riferimenti relativi alle strutture di controllo previste all'art. 10».

78. Ne consegue che gli organi di controllo cui incombe l'obbligo di assicurare il rispetto del disciplinare delle DOP sono quelli dello Stato membro da cui proviene la DOP medesima. Il controllo sul rispetto del disciplinare nell'uso della DOP «Parmigiano Reggiano» non compete quindi alle autorità di controllo tedesche.

79. È vero che l'art. 13, n. 1, lett. b., del regolamento n. 2081/92 prescrive la protezione delle denominazioni registrate contro qualsiasi «usurpazione, imitazione o evocazione, anche se l'origine vera del prodotto è indicata o se la denominazione protetta è una traduzione o è accompagnata da espressioni quali «genere», «tipo», «metodo», «alla maniera», «imitazione» o simili».

80. Nondimeno, da un lato, la Commissione non ha dimostrato che la Repubblica federale di Germania ha disatteso gli obblighi derivanti dal regolamento n. 2081/92 e, dall'altro, non ha presentato elementi nel senso che misure come quelle menzionate al punto 63 della presente sentenza non siano state adottate o non fossero

idonee a tutelare la DOP «Parmigiano Reggiano».

81. Tutto ciò considerato, occorre dichiarare che la Commissione non ha dimostrato che la Repubblica federale di Germania, rifiutando formalmente di perseguire come illecito l'impiego nel suo territorio della denominazione «Parmesan» nell'etichettatura di prodotti non corrispondenti al disciplinare della DOP «Parmigiano Reggiano», è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 13, n. 1, lett. *b.*, del regolamento n. 2081/92.

82. Pertanto, il ricorso della Commissione deve essere respinto.

(Omissis)

IL CASO *PARMESAN* VISTO DALLA CORTE DI GIUSTIZIA

Una sentenza deludente - A proposito della DOP «Parmigiano Reggiano» e del suo sinonimo «Parmesan»

Sommario: 1. *L'oggetto della controversia* - 2. *La protezione delle denominazioni composte* - 3. *Il preteso carattere generico della denominazione «Parmesan»* - 4. *Sull'obbligo di perseguire d'ufficio l'uso illegittimo di una denominazione protetta* - 5. *Conclusione: una sentenza deludente.*

1. L'oggetto della controversia

La controversia risolta con la sentenza della Corte di giustizia (Grande sezione) del 26 febbraio 2008 riguardava essenzialmente due problemi.

Da un lato, si trattava di stabilire se l'uso della denominazione «Parmesan» nell'etichettatura di formaggi non conformi al disciplinare di produzione del «Parmigiano Reggiano» (DOP) fosse lesiva della tutela garantita alle denominazioni d'origine dall'art. 13, n. 1, lett. *b.* del regolamento (Cee) n. 2081/92¹.

Dall'altro, si chiedeva alla Corte di precisare se uno Stato membro fosse tenuto a sanzionare d'ufficio l'uso illegittimo di una denominazione protetta.

Nella fase precontenziosa la Repubblica federale di Germania si era rifiutata di ottemperare ad un parere motivato della Commissione delle Comunità europee, che le chiedeva di sanzionare d'ufficio, sul suo territorio, l'uso del termine «Parmesan» nei casi sopra ricordati. Secondo la Germania, questo termine, in quanto denominazione generica, non rientrava nel campo d'applicazione della citata disposizione del regolamento n. 2081/92. Inoltre, la legislazione tedesca, segnatamente la legge relativa alla tutela dei marchi e di altri

¹ *Guce* n. L 208 del 24 luglio 1992, p. 1. Detto regolamento è stato sostituito dal regolamento (Ce) n. 510/2006 del 20 marzo 2006, in *Gu-Ue* n. L 93 del 31 marzo 2006, p. 12.

segni distintivi², permetteva a tutti gli interessati di adire le giurisdizioni competenti per sanzionare le violazioni eventuali del regolamento n. 2081/92³. Infine, questo regolamento non avrebbe previsto l'obbligo, per le amministrazioni nazionali, di sanzionare d'ufficio le predette violazioni.

In seguito a questo rifiuto, la Commissione ha presentato un ricorso per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE. Nel procedimento innanzi alla Corte sono intervenuti, a sostegno della Repubblica federale di Germania, il Regno di Danimarca e la Repubblica d'Austria e, a sostegno della Commissione, la Repubblica ceca e la Repubblica italiana.

2. La protezione delle denominazioni composte

Per contestare la tesi della Commissione la Repubblica federale di Germania ha sostenuto, in primo luogo, che una denominazione d'origine è protetta solo nella forma precisa in cui è registrata e, in secondo luogo, che l'uso del termine «parmesan» non è in contrasto con la tutela garantita alla denominazione «Parmigiano Reggiano».

Sia l'uno che l'altro argomento sono stati rigettati dalla Corte. Richiamandosi alla sua sentenza del 9 giugno 1998, nelle cause riunite n. C-129/97 e n. C-130/97⁴, la Corte ha ribadito il principio secondo il quale «le questioni relative alla protezione da accordare ai singoli elementi di una denominazione, e segnatamente quelle relative all'eventualità che si tratti di un nome generico o di un elemento protetto contro le prassi oggetto dell'art. 13 (del regolamento n. 2081/92), rientrano nella competenza del giudice nazionale, che le risolverà in base ad un'analisi approfondita del contesto fattuale quale ricostruito ed illustrato dagli interessati»⁵. La Corte ha concluso, quindi, che «non può avere fortuna l'argomento della Repubblica federale di Germania secondo cui una DOP beneficia della tutela ex art. 13 del regolamento n. 2081/92 solo nella forma precisa in cui è registrata» (punto 31 della sentenza).

Non c'è dubbio che si può aderire a questa conclusione, che trova conforto nel testo dell'art. 13 del regolamento n. 2081/92 (ed ora, del regolamento n. 510/2006). Viceversa, mi permetto di dissentire sull'opportunità del richiamo alla sentenza del 9 giugno 1998 (*Chiciak e Fol*). Infatti, la denominazione «Parmigiano Reggiano» non è una denominazione «composta» in senso stretto, come lo è, invece, la denominazione «*Epoisses de Bourgogne*», oggetto

² Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz – MarkenG) del 25 ottobre 1994 (BGBl. I, p. 3082).

³ Cfr. segnatamente i par. 135 e 128 della legge citata.

⁴ Sentenza *Chiciak e Fol*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3315.

⁵ Punto 30 della sentenza qui esaminata e punto 38 della sentenza *Chiciak e Fol*.

della citata sentenza del 9 giugno 1998.

Denominazioni «composte» sono quelle che contengono un termine destinato a designare il prodotto, accompagnato da un riferimento geografico. Un esempio tipico, che è stato oggetto di una sentenza del Tribunale di primo grado⁶, è la denominazione «Grana Padano». Come ha giustamente osservato un autorevole specialista⁷, nessuno dei termini contenuti nelle denominazioni composte, «separatamente considerato, avrebbe potuto essere registrato come DOP o come IGP». Soltanto per queste denominazioni ha un senso il richiamo alla sentenza *Chiciak e Fol*. Diverso è il caso della denominazione «Parmigiano Reggiano», i cui due termini contengono entrambi il nome del prodotto e il relativo riferimento geografico ed avrebbero potuto essere entrambi registrati separatamente.

3. Il preteso carattere generico della denominazione «Parmesan»

La Corte, del resto, nel proseguo della sentenza qui esaminata sembra entrare in contraddizione con quanto da essa affermato nel punto 30 sopra citato.

Infatti, la Corte non esita a stabilire che, rispetto alla DOP «Parmigiano Reggiano», l'uso della denominazione «parmesan» rientra in uno dei casi contemplati dall'art. 13, n. 1, del regolamento n. 2081/92 (punti da 42 a 50 della sentenza).

Inoltre, la Corte, affrontando la questione del carattere generico o meno del termine «parmesan» (punti da 51 a 57 della sentenza), si richiama alle sue sentenze *Bigi*⁸ e *Feta*⁹ per concludere che, non avendo la Repubblica federale di Germania dimostrato che la denominazione «parmesan» riveste carattere generico, l'utilizzazione del termine «parmesan» per formaggi non conformi al disciplinare della DOP «Parmigiano Reggiano» deve essere considerata, nella fattispecie, lesiva della tutela riconosciuta dall'art. 13, n. 1, lett *b*. del regolamento n. 2081/92 (punto 57 della sentenza).

In realtà la contraddizione tra i punti 30 e 57 della sentenza è più apparente che reale, poiché la Corte non afferma *direttamente* che il termine

⁶ Sentenza del 12 settembre 2007 in causa n. T-291/03, in questa *Rivista*, 2008, p. 73 ss. (cfr. pure il mio commento, *ivi*, p. 81 ss.).

⁷ F. CAPELLI, *La sentenza Parmesan della Corte di giustizia: una decisione sbagliata*, v. *infra*, p. 329 ss.

⁸ Sentenza del 25 giugno 2002 in causa n. C-66/00, in *Raccolta*, 2002, I, p. 5917 (cfr. il mio commento in questa *Rivista*, 2002, p. 501 ss.). Cfr. pure B. KLAUS - A. HAGEN MEYER, *Ist "Parmesan" eine Gattungsbezeichnung?*, in *Deutsche Lebensmittel-Rundschau*, 2002, Heft 11, p. 414 ss. e, degli stessi autori, l'articolo *Kommt Parmesan-Käse aus Parma und Umgebung?*, in *GRUR*, 7/2003, p. 553 ss.

⁹ Sentenza del 25 ottobre 2005 in cause riunite n. C-465/02 e n. C-466/02, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9115 (sulla quale cfr. il mio commento in questa *Rivista*, 2006, p. 497 ss.).

«Parmesan» non è generico, ma si limita a constatare che la Repubblica federale di Germania «non ha dimostrato che esso riveste carattere generico». La Corte, affermando che l'uso del termine «Parmesan» rientra in uno dei casi di cui all'art. 13, n. 1, del regolamento n. 2081/92 e che tale uso lede, nella fattispecie, la tutela accordata alla DOP «Parmigiano Reggiano», riconosce solo *indirettamente* che il termine «Parmesan» non è generico.

È evidente il rischio che si annida nel principio ribadito al punto 30 della sentenza, se applicato a denominazioni protette diverse da quelle «composte» in senso stretto. Non è escluso, infatti, che un giudice nazionale, chiamato a statuire sulla genericità o meno del termine «Parmesan», possa accettare la tesi di chi sostiene che si tratta, appunto, di una denominazione generica, magari in palese contrasto con le decisioni di altri giudici nazionali, dello stesso o di un altro Stato membro¹⁰.

Sotto questo profilo, la sentenza in esame costituisce un passo indietro rispetto alla sentenza *Feta* sopra citata, nella quale la Corte non ha esitato ad affrontare direttamente la questione della pretesa genericità della denominazione «Feta» tenendo conto, da un lato, della situazione della produzione e del consumo in Grecia e, dall'altro, delle pertinenti legislazioni nazionali e comunitaria.

È doveroso constatare, tuttavia, che di questo passo indietro è in parte responsabile anche la Commissione, che ha impostato il suo ricorso invocando la tutela delle denominazioni composte, a mio avviso non pertinente nella fattispecie.

4. Sull'obbligo di perseguire d'ufficio l'uso illegittimo di una denominazione protetta

Come ho accennato, il secondo problema sottoposto alla Corte riguardava l'esistenza o meno di un obbligo, per lo Stato membro, di perseguire d'ufficio la violazione dell'art. 13, n. 1, lett. *b.* del regolamento n. 2081/92.

Giova in proposito riferirsi alle conclusioni dell'Avvocato Generale J. Mazàk, che sono state seguite puntualmente dalla Corte. L'Avvocato Generale, richiamando la precedente giurisprudenza della Corte, mette in evidenza la

¹⁰ È lecito tuttavia sperare che prevalga il buon senso e che il rischio, a cui ho accennato, resti puramente teorico. È confortante, in tal senso, la lettura di una recente sentenza del *Landgericht* di Berlino (22 aprile 2008) in una causa che opponeva il *Consorzio del Formaggio Parmigiano Reggiano* alla *Allgäuland-Käseereien GmbH* (convenuta). In questa sentenza il Tribunale tedesco ha condannato la convenuta ad astenersi dal produrre, reclamizzare, detenere per la vendita od immettere in commercio un formaggio sotto la denominazione «Parmigiano» o «Bio-Parmesan» o «Parmesan» se tale formaggio «non corrisponde alle specificazioni del regolamento (Ce) n. 510/2006 e non è prodotto nella zona d'origine di cui al regolamento (Ce)». Per la motivazione di questa sentenza cfr. *infra*, p. 359 ss. nonché il mio commento, p. 367 ss.

distinzione tra un ricorso per inadempimento «avente ad oggetto l'attuazione di una disposizione nazionale da parte dell'amministrazione di uno Stato membro» e un ricorso «avente unicamente ad oggetto il contenuto di una disposizione nazionale». Nel primo caso, la dimostrazione dell'inadempimento richiede la produzione di elementi di prova di natura specifica. Trattandosi di un'omissione, la Commissione avrebbe dovuto dimostrare che l'amministrazione era tenuta ad agire d'ufficio (punti 86 e 87 delle conclusioni).

In base ad un'analisi comparativa delle versioni linguistiche dell'art. 10, n. 4, del regolamento n. 2081/92, l'Avvocato Generale osserva che l'autorità di controllo obbligata a prendere le misure necessarie per assicurare il rispetto del regolamento è «quella dello Stato membro di origine della denominazione protetta». Secondo l'Avvocato Generale, anche se dall'art. 10, n. 1, si può desumere che tutti gli Stati membri sono tenuti ad istituire adeguati meccanismi di controllo per contrastare l'usurpazione di una DOP anche al di fuori della zona d'origine, non si può pretendere che le strutture di controllo debbano sistematicamente agire *ex officio* (punti da 90 a 98 delle conclusioni).

Le conclusioni dell'Avvocato Generale hanno confermato sostanzialmente l'argomentazione della Repubblica federale di Germania, che da un lato ha fatto valere l'esistenza di disposizioni legislative¹¹ idonee a garantire in Germania la «tutela effettiva dei diritti che i singoli traggono dal regolamento n. 2081/92» e, dall'altro, ha sostenuto che se, in Germania, l'uso illegittimo di una DOP non è oggetto di procedimenti d'ufficio, è soltanto «perché essa ha rinunciato a modalità sanzionatorie che gli Stati membri possono, sì, prevedere, ma che allo stato attuale del diritto comunitario non sono tenuti ad adottare»¹².

La Corte ha aderito alle conclusioni dell'Avvocato Generale, respingendo il ricorso della Commissione. Né poteva essere diversamente, tenuto conto dell'esplicito rinvio al principio evocato nel punto 30 della sentenza. Infatti, com'è stato acutamente segnalato¹³, una volta ammesso che un giudice tedesco possa, in base all'analisi di un caso concreto, dichiarare la genericità del termine «Parmesan» all'interno del territorio nazionale, non si vede come l'autorità amministrativa possa vietare ad un produttore di utilizzare una denominazione che l'autorità giudiziaria potrebbe, invece, consentirgli di utilizzare.

¹¹ Cfr. *supra*, note 2 e 3.

¹² A conclusioni diverse si deve giungere, probabilmente, in seguito all'adozione del regolamento (Ce) n. 510/2006 del 20 marzo 2006, che ha abrogato e sostituito il regolamento n. 2081/92 (cfr., *supra*, nota 1 e, *infra*, il par. 5 di questo commento).

¹³ Da F. CAPELLI, *La sentenza Parmesan della Corte di giustizia*, cit. *supra*, nota 7, par. III.

5. Conclusione: una sentenza deludente

La sentenza in esame non può non deludere coloro che contavano su un ulteriore passo in avanti della giurisprudenza comunitaria sul tema della tutela delle DOP.

Anche se non c'è dubbio che la Corte, sia pure in modo indiretto, non ha ammesso il carattere generico del termine «Parmesan», essa ha lasciato la porta aperta ad eventuali pronunce di giurisdizioni nazionali, che potrebbero arrivare, per determinate fattispecie, a conclusioni diverse¹⁴.

Inoltre, sulla base di un'interpretazione letterale di talune disposizioni del regolamento n. 2081/92, la Corte, respingendo il ricorso della Commissione, ha accolto una tesi potenzialmente contraria all'uniformità di applicazione del predetto regolamento da parte degli Stati membri¹⁵.

Sergio Ventura*

¹⁴ Mi pare utile, in proposito, citare quanto scriveva F. CAPELLI nel suo articolo *La Corte di giustizia tra "Feta" e "Cambozola"* (in questa *Rivista*, 1999, p. 273 ss.): «Ma l'esito diverso della controversia dovrebbe soltanto dipendere dall'applicazione, da parte del giudice nazionale, delle norme del regolamento n. 2081/92 interpretate in modo completo e preciso dalla Corte, e non dall'interpretazione che il giudice viene lasciato libero di dare alle norme applicabili in base alle proprie conoscenze seppur ampliate dai suggerimenti della Corte. Le denominazioni di origine registrate in base al regolamento n. 2081/92 (come pure i marchi comunitari disciplinati dal regolamento (Ce) n. 40/94) sono attualmente patrimonio della Comunità europea ed ogni controversia relativa alla loro legittimità come pure ogni controversia concernente la tutela ad esse accordata deve essere risolta in base alle stesse regole interpretate secondo gli stessi criteri. Diversamente si corre il rischio di pervenire a soluzioni inaccettabili. Una stessa denominazione comunitaria finirebbe infatti per essere tutelata in modo diverso in due diversi Paesi membri esclusivamente per motivi attinenti all'esercizio del potere discrezionale da parte del giudice nazionale che deve interpretare la norma applicabile» (p. 276).

¹⁵ Tale tesi non appare in linea con la normativa comunitaria; cfr. l'art. 10 del regolamento n. 510/2006 e il punto 16 della sua motivazione.

* Già Direttore alla Commissione europea.

**LA SENTENZA PARMESAN DELLA CORTE DI GIUSTIZIA:
UNA DECISIONE SBAGLIATA**

Nota alla sentenza in causa n. C-132/2005 del 26 febbraio 2008

Sommario: **1.** La «genericità» del nome «Parmesan» - **2.** Tutela dei singoli termini che fanno parte della denominazione completa «Parmigiano Reggiano» - **3.** La Germania viene assolta dall'accusa di non aver vietato ai produttori tedeschi l'utilizzo della denominazione «Parmesan» - **4.** Conclusioni.

1. La «genericità» del nome «Parmesan»

La Corte di giustizia parte dal presupposto che, essendo la denominazione «Parmigiano Reggiano» una DOP, la stessa designa un prodotto: *a.* proveniente da una zona geografica delimitata e *b.* composto da materie prime provenienti dalla medesima zona geografica.

Poiché il termine «Parmesan» è la traduzione di Parmigiano, che fa parte della DOP «Parmigiano Reggiano», anche tale termine deve essere protetto in base all'art. 13, par. 1, del Regolamento n. 2081/1992, a meno che non venga dimostrato che esso è divenuto generico.

La Corte così si esprime al punto n. 53 della sentenza, dedicato alla genericità di una denominazione:

«Nel valutare la genericità di una denominazione occorre prendere in considerazione, conformemente all'art. 3, n. 1, del regolamento n. 2081/92, i luoghi di produzione del prodotto considerato sia all'interno sia al di fuori dello Stato membro che ha ottenuto la registrazione della denominazione in oggetto, il consumo di tale prodotto e il modo in cui viene percepita dai consumatori la sua denominazione all'interno e al di fuori del detto Stato membro, l'esistenza di una normativa nazionale specifica relativa al detto prodotto, nonché il modo in cui la detta denominazione è stata utilizzata nella legislazione comunitaria (v. sentenza 25 ottobre 2005, cause riunite C-465/02 e C-466/02, Germania e Danimarca c. Commissione, Raccolta, I, p. 9115, punti 76-99)».

Al punto n. 55 della sentenza, la Corte aggiunge che, in genere, la vendita in Germania del formaggio «Parmesan» viene promossa utilizzando etichette che evocano tradizioni culinarie italiane. Di conseguenza:

«È legittimo dedurre che i consumatori in tale Stato membro percepiscono il formaggio «parmesan» come un formaggio associato all'Italia anche se, in realtà, è stato prodotto in un altro Stato membro (v., in tal senso, sentenza Germania e Danimarca c. Commissione, cit., punto 87)».

In conclusione, la Corte afferma che il nome «Parmesan», essendo la traduzione di «Parmigiano» (uno dei due termini della DOP «Parmigiano Reggiano»), deve essere ugualmente protetto in base al diritto comunitario, non avendo la Germania dimostrato che lo stesso è divenuto generico.

2. Tutela dei singoli termini che fanno parte della denominazione completa «Parmigiano Reggiano»

Il fatto che la Germania non abbia dimostrato, come sopra riportato, che il termine «Parmesan» è diventato generico¹, consente però di risolvere uno solo dei problemi sollevati nella causa.

Un secondo problema che è stato sollevato in causa ha riguardato la possibilità di considerare generico uno solo degli elementi («Parmesan») che formano una denominazione composta.

¹ Secondo l'art. 3 del Regolamento n. 510/2006 del Consiglio, del 20 marzo 2006, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari, in *Gu-Ue* n. L 93 del 31 marzo 2006, p. 12 ss.: «1. Le denominazioni divenute generiche non possono essere registrate. Ai fini del presente regolamento, si intende per "denominazione divenuta generica" il nome di un prodotto agricolo o alimentare che, pur collegato col nome del luogo o della regione in cui il prodotto agricolo o alimentare è stato inizialmente prodotto o commercializzato, è divenuto il nome comune di un prodotto agricolo o alimentare nella Comunità. Per determinare se una denominazione sia divenuta generica o meno, si tiene conto di tutti i fattori, in particolare: *a.* della situazione esistente negli Stati membri e nelle zone di consumo; *b.* delle pertinenti legislazioni nazionali o comunitarie. 2. Un nome non può essere registrato come denominazione d'origine o indicazione geografica qualora sia in conflitto con il nome di una varietà vegetale o di una razza animale e possa, pertanto, indurre in errore il consumatore quanto alla vera origine del prodotto. 3. La registrazione di una denominazione omonima o parzialmente omonima di una denominazione già registrata ai sensi del presente regolamento, tiene debitamente conto degli usi locali e tradizionali e dei rischi effettivi di confusione. In particolare: *a.* una denominazione omonima che induca erroneamente il consumatore a pensare che i prodotti sono originari di un altro territorio non è registrata, benché sia esatta per quanto attiene al territorio, alla regione o alla località di cui sono originari i prodotti agricoli o alimentari; *b.* l'impiego di una denominazione omonima registrata è autorizzato esclusivamente in condizioni pratiche tali da assicurare che la denominazione omonima registrata successivamente sia sufficientemente differenziata da quella registrata in precedenza, tenuto conto della necessità di garantire un trattamento equo ai produttori interessati e di non indurre in errore il consumatore. 4. Una denominazione d'origine o un'indicazione geografica non è registrata qualora, tenuto conto della reputazione di un marchio, della notorietà e della durata di utilizzazione dello stesso, la registrazione è tale da indurre in errore il consumatore quanto alla vera identità del prodotto».

Posto in questi termini, la Corte avrebbe potuto risolvere il problema sulla base della constatazione che non essendo stata dimostrata la genericità del nome «Parmesan» riferito all'intera denominazione («Parmigiano Reggiano»), lo stesso nome «Parmesan» avrebbe dovuto risultare protetto anche se isolatamente considerato, vale a dire, considerato separatamente rispetto all'intera denominazione, trattandosi della traduzione del nome «Parmigiano».

Al contrario, la Corte afferma che quando si tratta di verificare la protezione accordata ai singoli elementi di una denominazione protetta, la competenza ad effettuare tale verifica spetta ai giudici nazionali.

Ribadendo la propria giurisprudenza, la Corte afferma infatti al punto n. 30 della sentenza che:

«Nel sistema di protezione istituito mediante il regolamento n. 2081/92 le questioni relative alla protezione da accordare ai singoli elementi di una denominazione, e segnatamente quelle relative all'eventualità che si tratti di un nome generico o di un elemento protetto contro le prassi oggetto dell'art. 13 del detto regolamento, rientrano nella competenza del giudice nazionale, che le risolverà in base ad un'analisi approfondita del contesto fattuale quale ricostruito ed illustrato dagli interessati (sentenza Chiciak e Fol, cit., punto 38)».

Ciò significa, pertanto, che il giudice nazionale (e, in particolare, il giudice tedesco), investito in una causa nella quale viene sollevata la questione della genericità del nome «Parmesan», con riferimento a una controversia concreta, dopo aver effettuato «un'analisi approfondita del contesto fattuale quale ricostruito ed illustrato dalle parti», può anche arrivare alla conclusione che il termine «Parmesan» è generico, così da poter essere utilizzato dal produttore tedesco coinvolto nella predetta controversia².

Come si vede, quanto viene affermato al punto n. 30 della sentenza, riduce di molto la tutela della denominazione «Parmigiano Reggiano», perché in una controversia concreta il produttore tedesco interessato potrebbe essere in grado di fornire al giudice nazionale le prove sulla genericità del nome «Parmesan», che la Germania non è stata invece in grado di fornire alla Corte di giustizia.

I rischi che si annidano nella sentenza della Corte sono pertanto evidenti, dato che la sentenza ammette la possibilità di trovare una diversa soluzione per lo stesso problema sostanziale, a seconda che tale problema sia deciso dalla Corte di giustizia con riferimento ai rapporti tra normativa comunitaria e Stato membro Germania, oppure che sia deciso da un giudice nazionale (tedesco) in un caso concreto con riferimento ai rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale (tedesco)³.

² Tale possibilità è confermata dalla sentenza del Tribunale di Berlino, che si è pronunciato sul caso *Parmesan*, riportata *infra*, p. 359 ss. Cfr. in particolare il commento di S. VENTURA a tale sentenza, *infra*, p. 367 ss.

³ Nel caso affrontato dal Tribunale di Berlino (v. *supra*, nota 2), la decisione è stata per fortuna favorevole a vietare l'uso del nome «Parmesan» per il prodotto fabbricato in Germania. Ciò non toglie, però, che una decisione di segno contrario possa essere adottata da un altro giudice tedesco in presenza di circostanze diverse.

3. La Germania viene assolta dall'accusa di non aver vietato ai produttori tedeschi l'utilizzo della denominazione «Parmesan»

Sulla base di quanto in precedenza esposto, appare meramente consequenziale l'assoluzione della Germania dall'accusa di non aver vietato ai produttori tedeschi l'utilizzo della denominazione «Parmesan».

Se, infatti, come la stessa sentenza riconosce al punto n. 30, il giudice nazionale tedesco può, una volta analizzato il caso concreto, dichiarare la genericità del termine «Parmesan» all'interno del territorio tedesco, non si vede come la Germania (autorità amministrativa) possa vietare ad un produttore tedesco di utilizzare una denominazione («Parmesan») che il giudice tedesco potrebbe consentirgli invece di utilizzare (limitatamente, si intende, al territorio tedesco)⁴.

Ne consegue che le considerazioni svolte dalla Corte di giustizia ai punti da 58 a 81 della sentenza sono del tutto superflue.

4. Conclusione

La causa davanti alla Corte di giustizia è stata avviata dalla Commissione europea sulla base di argomenti imprecisi e fuorvianti.

Conseguentemente, la Corte, recuperando in modo inadeguato la sua giurisprudenza pronunciata in un caso diverso, quello della causa *Epoisses de Bourgogne*⁵, è arrivata a smentire, al punto n. 30 della sentenza, quanto ha affermato ai punti n. 53-55 della sentenza medesima.

È ovvio, infatti, che il nome «Parmigiano» contiene esso stesso il riferimento geografico (come anche lo contiene il nome «Reggiano»).

Questi due nomi, pertanto, non formano una «denominazione composta» nel senso che correttamente deve essere attribuita a tale espressione.

Le denominazioni composte, alle quali la giurisprudenza citata al n. 30 della sentenza della Corte qui esaminata si riferisce, sono, per l'appunto, le denominazioni composte da un termine che designa il prodotto e da un riferimento geografico.

Gli esempi sono numerosissimi: pecorino (*nome*) romano (*riferimento geografico*); provolone (*nome*) Val padana (*riferimento geografico*); mozzarella di bufala (*nome*) campana (*riferimento geografico*), etc. Nessuno di tali termini, separatamente considerato, avrebbe potuto essere registrato come DOP o come IGP. Il termine «Parmigiano» invece sì, perché racchiude in sé sia il nome sia il riferimento geogra-

⁴ È la stessa procedura che dovrebbe essere seguita in caso di contraffazione, ad esempio, di un marchio comunitario rilasciato in base al regolamento Ce n. 40/94 del Consiglio, del 20 dicembre 1993 (in *Guce* n. L 11 del 14 gennaio 1994, p. 1 ss.). Se, infatti, un marchio comunitario venisse contraffatto in uno Stato membro, la tutela di tale marchio dovrebbe essere assicurata dagli operatori interessati al suo utilizzo e non dallo Stato membro nel quale avviene la contraffazione. Lo Stato membro deve invece limitarsi a mettere a disposizione di tutti gli operatori interessati gli strumenti giuridici per garantire la tutela dei marchi anche davanti all'autorità giudiziaria. Spetterà agli operatori interessati far uso di tali strumenti per tutelare il marchio e i propri interessi. Analoghe forme di tutela devono essere assicurate alle denominazioni di origine e alle indicazioni geografiche che ugualmente rientrano nei settori assoggettati alle norme sulla proprietà intellettuale.

⁵ Sentenza del 9 giugno 1998 in cause riunite n. C-129/97 e n. C-130/97, punto n. 38, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3315.

fico, dato che per secoli tale termine è stato usato per designare il celebre formaggio ed anche oggi, in Italia, nel linguaggio comune si usa il termine «parmigiano» per indicare lo stesso prodotto.

Orbene, soltanto per le denominazioni effettivamente «composte», come quelle sopra indicate, ha un senso imporre la verifica della genericità degli elementi che le compongono con riferimento ad una fattispecie concreta.

Non è al contrario possibile sostenere che il termine «Parmesan» (traduzione di «Parmigiano») che, come appena ricordato, contiene oltre al nome anche il riferimento geografico, possa essere considerato protetto dal diritto comunitario unicamente se valutato dalla Corte di giustizia sulla base dei rapporti tra Comunità europea e Stato membro interessato e possa invece essere considerato generico se valutato da un giudice nazionale in un caso concreto sulla base dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno.

Ciò appare insostenibile anche per un altro motivo. Se il termine «Parmigiano», avendo tutti i requisiti, come appena dimostrato, fosse registrato da solo come DOP (senza, cioè, il termine «Reggiano»), ne conseguirebbe che, seguendo la tesi della Germania avallata dalla Corte di giustizia nella sentenza qui esaminata, il giudice nazionale, dichiarando generico il termine «Parmesan» (che è la traduzione di «Parmigiano»), finirebbe per annullare completamente la «DOP Parmigiano» all'interno del proprio Stato membro, violando palesemente il par. 2 dell'art. 13 del Regolamento Ce n. 510/2006 secondo cui: *«Le denominazioni protette non possono diventare generiche»*.

Per concludere, la sentenza qui esaminata non è per nulla convincente e occorrerà che la Corte di giustizia, in una causa che con ogni probabilità le verrà sottoposta da un giudice nazionale (tedesco), arrivi essa stessa a decidere sulla genericità del nome «Parmesan»⁶.

Fausto Capelli

⁶ Nella causa recentemente decisa dal Tribunale di Berlino (v. *supra*, nota 2), non è intervenuta alcuna richiesta di rimessione degli atti di causa alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 234 del Trattato Ce.

INCIDENZA DELLA SENTENZA *PARMESAN* SULLA CONTROVERSIA RELATIVA AL «TOCAI FRIULANO»

Sommario: 1. *Caso Parmesan* - 2. *Caso Tocai friulano*.

1. *Caso Parmesan*

La sentenza *Parmesan*, più sopra riportata e commentata¹, è ugualmente importante per la soluzione del caso *Tocai friulano*².

Occorre innanzitutto premettere che, con riferimento alla materia del caso *Parmesan*, la Comunità europea ha una competenza assoluta perché la materia delle DOP e IGP risulta da tempo disciplinata in modo completo da regolamenti comunitari specifici (Regolamento n. 2081/92 ed ora Regolamento n. 510/2006).

Nonostante il riconoscimento di tale competenza della Comunità in materia di denominazioni registrate in sede comunitaria, la Corte di giustizia ha ritenuto, nella sentenza sul *Parmesan*, che i giudici nazionali possono valutare la «genericità» di uno dei termini che compongono una denominazione protetta dal diritto comunitario.

Ciò significa che il giudice di uno Stato membro potrebbe considerare «generico» uno dei termini componenti una denominazione protetta dal diritto comunitario, consentendo che, sul suo territorio (quello della Germania), quel termine (nel caso di specie: «Parmesan») possa essere utilizzato per designare un prodotto che non sarebbe invece legittimato a circolare all'interno dello Stato membro che ha chiesto la registrazione della denominazione protetta (Italia).

Questo sarebbe possibile in base ad una specifica interpretazione effettuata da un giudice nazionale con riferimento alla normativa comunitaria applicabile, anche se con riferimento a tale normativa la Corte di giustizia, nella sentenza *Parmesan*, si è espressa in modo contrario all'interpretazione di un giudice tedesco che dovesse con-

¹ V. la sentenza *supra*, p. 317 ss. nonché i commenti di S. VENTURA, p. 322 ss. e F. CAPELLI, p. 329 ss.

² V. sulle vicende del «Tocai friulano», F. CAPELLI, *Strategia a difesa del Tocai friulano*, in questa *Rivista*, 2007, p. 391 ss.

siderare generico il nome «Parmesan» limitatamente al territorio del proprio Stato³.

A tale risultato il giudice nazionale potrebbe infatti pervenire in via di semplice interpretazione della normativa comunitaria e della propria normativa nazionale senza che vi sia una disposizione specifica di diritto comunitario o di diritto internazionale che glielo consenta.

In effetti, con tale interpretazione, basata sostanzialmente su prove di fatto, il giudice tedesco potrebbe consentire ai produttori tedeschi di utilizzare, per i loro prodotti, una denominazione che non potrebbe essere utilizzata al di fuori della Germania, isolando quindi il territorio del medesimo Stato dall'intero territorio comunitario.

Inoltre, nella sentenza *Parmesan* (cfr. punti da 58 a 81), la Corte di giustizia giunge alla conclusione che lo Stato membro Germania (e, quindi, ogni Stato membro) non è tenuto a verificare, sul proprio territorio, la corretta osservanza delle DOP e delle IGP, registrate in sede comunitaria, da parte degli operatori tedeschi.

La verifica della corretta osservanza di tali denominazioni spetta invece agli Stati membri che ne hanno ottenuto la registrazione. Ciò significa che, nel caso di specie, il Consorzio del Parmigiano Reggiano e i produttori italiani interessati devono agire in Germania, davanti a Tribunali tedeschi, per far accertare le eventuali violazioni alla normativa comunitaria che tutela la denominazione «Parmigiano Reggiano»⁴.

2. Caso *Tocai friulano*

Nel caso del «Tocai friulano» esiste un regolamento della Commissione (n. 753/2002, più volte modificato) che ha imposto la cessazione dell'uso del nome «Tocai friulano» dopo il 31 marzo 2007 in esecuzione dell'Accordo sui vini Ce/Ungheria del 1993, che è venuto meno dopo l'entrata dell'Ungheria nell'Unione europea⁵.

Tale regolamento è stato contestato e il giudizio è attualmente pendente davanti alla Corte di giustizia⁶.

Ma esiste anche, come è noto, l'art. 24 par. 6 dell'Accordo TRIP's, successivo al citato Accordo Ce/Ungheria, che consente ad uno Stato di mantenere sul proprio territorio il nome di un vino se è uguale a quello del vitigno da cui esso deriva.

Nel caso del «Tocai friulano» l'Italia può invocare, quindi, una norma specifica di diritto internazionale che invece la Germania, nel caso *Parmesan*, non potrebbe invocare.

Inoltre, l'Italia può far valere le proprie ragioni in un contesto giuridico nel quale il potere di creare e di sopprimere le indicazioni geografiche riferite ai vini, appartiene agli Stati membri e non alla Comunità (che non ha competenza in tale materia)⁷.

³ In effetti questa eventualità viene presa in considerazione nella sentenza del Tribunale di Berlino relativa al caso *Parmesan* (v. *infra*, p. 359 ss.).

⁴ La causa decisa dal Tribunale di Berlino è stata in effetti introdotta dal Consorzio del Parmigiano Reggiano contro un produttore tedesco di Parmesan.

⁵ Cfr. F. CAPELLI, *Strategia a difesa del Tocai friulano*, cit. *supra*, nota 2.

⁶ Cause riunite n. C-23/07 e n. C-24/07, *Confcooperative Friuli Venezia Giulia e altri e Cantine Produttori Cormons s.c.a. e altri c. Ministero delle Politiche agricole, alimentari e forestali e Regione Friuli Venezia Giulia*.

⁷ Tale contesto giuridico è ora radicalmente mutato a seguito dell'entrata in vigore del Regolamento Ce n. 479/2008 del Consiglio del 29 aprile 2008, in *Gu-Ue* n. L 148 del 6 giugno 2008, p. 1,

Orbene, nel caso *Parmesan*, pur rientrando la materia nell'assoluta competenza della Comunità europea (perché le DOP e le IGP sono registrate unicamente in sede comunitaria) la Corte di giustizia, come già ricordato, ha riconosciuto al giudice nazionale tedesco il potere di dichiarare generico, in presenza di determinate condizioni, il nome «Parmesan» all'interno del territorio del proprio Stato, con la conseguenza di consentire ai produttori tedeschi di designare i loro prodotti con tale nome.

Inoltre, la Corte di giustizia, come pure già ricordato, ha anche affermato che la Germania non è tenuta ad effettuare la verifica delle violazioni alle DOP e IGP commesse dagli operatori tedeschi sul proprio territorio, in quanto tale verifica compete al Consorzio del Parmigiano Reggiano e ai produttori italiani interessati.

Se le statuizioni della Corte, sopra sintetizzate, venissero ora applicate al caso *Tocai friulano* si perverrebbe alle seguenti conclusioni:

a. la verifica delle violazioni al Regolamento n. 753/2002 (con riferimento all'uso del nome «Tocai friulano» sul territorio italiano) non spetta all'Italia e neppure alla Commissione europea ma bensì alle organizzazioni consortili del TOKAJI Ungherese e ai produttori ungheresi interessati;

b. i giudici competenti a decidere sulle violazioni alla normativa applicabile, sono i giudici italiani che possono avvalersi di prove adeguate (nel caso del «Tocai friulano» esiste già una prova insuperabile, costituita dalla sentenza della Corte di cassazione del 1962, passata in giudicato, che ha escluso la confondibilità tra i due vini);

c. i giudici italiani, potrebbero anche riferirsi all'art. 24, par. 6, dell'Accordo TRIP's, sopra citato, (attuato con legge regionale della Regione Friuli Venezia Giulia nel 2007), per contestare la pretesa ungherese di far applicare in Italia il regolamento della Commissione n. 753/2002 che impone la cessazione dell'uso del nome «Tocai friulano»⁸.

Dalle considerazioni che precedono si deduce che quella seguita dai produttori di «Tocai friulano» e dalla Regione Friuli Venezia Giulia, è stata la strategia di difesa più corretta.

Se, infatti, i produttori friulani e la Regione non si fossero opposti sistematicamente alle continue pressioni della Commissione europea e del Ministero italiano delle politiche agricole che esigevano l'abbandono della denominazione «Tocai friulano», a quest'ora tale denominazione sarebbe andata definitivamente perduta.

Fausto Capelli

che ha esteso al settore dei vini le stesse regole previste dal Regolamento n. 510/2006 per la tutela delle DOP (denominazioni di origine protette) e delle IGP (indicazioni geografiche protette).

⁸ A ciò aggiungasi che il nuovo Regolamento Ce sui vini, n. 479/2008 (v. nota 7) ha ripreso (cfr. art. 34, par. 2) i principi contenuti nell'Accordo TRIP's per quanto riguarda le indicazioni geografiche dei vini, offrendo nuove opportunità per il mantenimento del nome «Tocai friulano».

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA CORTE DI GIUSTIZIA INDIVIDUA I SOGGETTI CHE POSSONO ESSERE AMMESSI IN UNA PROCEDURA DI RICORSO IN MATERIA DI AGGIUDICAZIONE DI APPALTI PUBBLICI E DEFINISCE LA PROCEDURA DI APPALTO DI SERVIZI

I

Corte di giustizia

Ordinanza del 4 ottobre 2007 in causa n. C-492/06

Consorzio Elisoccorso San Raffaele c. Elilombarda S.r.l. e Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda di Milano

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Appalti pubblici - Direttiva n. 89/665/Cee - Procedura di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici - Soggetti ammessi ad accedere alle procedure di ricorso - Associazione temporanea offerente - Diritto di ciascuno dei membri di un'associazione temporanea di proporre ricorso a titolo individuale - Compatibilità.

L'art. 1 della direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1989, n. 89/665/Cee, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992, n. 92/50/Cee, deve essere interpretato nel senso che non osta a che, secondo il diritto nazionale, il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico possa essere proposto a titolo individuale da uno soltanto dei membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica la quale abbia partecipato in quanto tale alla procedura di aggiudicazione dell'appalto suddetto e non se lo sia visto attribuire¹.

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

II

Corte di giustizia**Sentenza del 18 luglio 2007 in causa C-382/05**

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

Art. 226 CE - Inadempimento di uno Stato membro - Appalti pubblici di servizi - Direttiva n. 92/50/Cee - Convenzioni relative al trattamento di rifiuti urbani - Qualificazione - Appalto pubblico - Concessione di servizi - Misure di pubblicità - Sussistenza.

Dato che la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la protezione civile – Ufficio del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia, ha indetto la procedura per la stipula delle convenzioni per l'utilizzo della frazione residua dei rifiuti urbani, al netto della raccolta differenziata, prodotta nei comuni della Regione Siciliana e ha concluso le dette convenzioni senza applicare le procedure previste dalla direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992, n. 92/50/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, come modificata dalla direttiva della Commissione del 13 settembre 2001, n. 2001/78/Ce, e, in particolare, senza la pubblicazione dell'apposito bando di gara d'appalto nella Gazzetta ufficiale della Comunità europee, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza della predetta direttiva e, in particolare, dei suoi artt. 11, 15 e 17².

¹⁻² Nella causa n. C-492/06, la domanda pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 89/665/Cee sugli appalti pubblici è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il Consorzio Elisoccorso San Raffaele composto dalla Elilario Italia SpA e dalla Air Viaggi San Raffaele Srl e la Elilombarda Srl, rappresentante di un'associazione temporanea in via di costituzione tra tale impresa e la Helitalia SpA, in merito ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico.

Nel 2004 l'Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda di Milano, in qualità di autorità aggiudicatrice, faceva pubblicare un bando di gara avente ad oggetto un servizio di elisoccorso per un importo di EUR 25.900.000.

Venivano così depositate due offerte: la prima, da parte della Elilombarda, mentre la seconda veniva depositata dal Consorzio e l'appalto veniva aggiudicato a quest'ultimo. La Elilombarda proponeva dinanzi al TAR Lombardia, in nome proprio e a titolo individuale, un ricorso rivolto contro tale decisione. Per contro, il Consorzio sollevava un'eccezione d'inammissibilità sostenendo che il ricorso era stato proposto non dall'associazione temporanea in via di costituzione stessa, ma da uno solo degli operatori economici componenti tale associazione. Il TAR Lombardia accoglieva il ricorso, annullava i provvedimenti adottati dall'autorità aggiudicatrice respingendo l'eccezione di inammissibilità.

Il Consiglio di Stato, dinanzi al quale il Consorzio ha proposto appello, dovendosi pronunciare sull'ammissibilità del ricorso da parte della Elilombarda ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire se il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico possa essere proposta, a titolo individuale, da uno solo dei membri dell'associazione temporanea priva di personalità giuridica.

Innanzitutto, la Corte di giustizia ha precisato che la direttiva sugli appalti pubblici

definisce i requisiti minimi che le procedure di impugnazione previste dagli ordinamenti nazionali devono rispettare al fine di garantire l'osservanza della normativa comunitaria in materia (cfr. sentenza del 19 giugno 2003 in causa n. C-315/01, *GAT*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 6351).

Nell'ordinanza, la Corte ha richiamato la propria sentenza *Espace Trianon e Sofibail* (sentenza dell'8 settembre 2005 in causa n. C-129/04, in *Raccolta*, 2005, I, p. 7805) nella quale ha precisato che non sussiste contrasto con il diritto comunitario se una normativa nazionale consente che il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico possa essere proposto unicamente dalla totalità dei membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica, la quale abbia partecipato in quanto tale alla procedura di aggiudicazione dell'appalto suddetto e ritenga di far valere le proprie ragioni per la mancata attribuzione.

Gli Stati membri, a parere della Corte, possono accordare un accesso più grande a tali ricorsi, confermando un concetto di legittimazione ad agire più esteso di quello garantito dalla direttiva stessa e, nell'ipotesi in cui manchi una disposizione specifica in tal senso, è compito dell'ordinamento giuridico interno di ogni Stato membro fissare le condizioni in base alle quali la legittimazione ad agire nelle procedure di ricorso possa essere estesa anche alle imprese facenti parte di un'associazione che abbia presentato un'offerta.

Nell'ordinanza, la Corte ha precisato, altresì, che essendo le modalità procedurali di ricorso in giudizio destinate ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto comunitario, sia ai candidati, che agli offerenti pregiudicati da provvedimenti delle autorità aggiudicatrici, tali modalità non devono compromettere l'effetto utile della direttiva n. 89/665/Cee (cfr. sentenza del 12 dicembre 2002 in causa n. C-470/99, *Universale-Bau e a.*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 11617), che ha come scopo di garantire che le decisioni illegittime delle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi rapidi ed efficaci. La normativa italiana, pertanto, non contrasta con il diritto comunitario.

Sempre in tema di appalti pubblici ricordiamo un ricorso per inadempimento ex art. 226 CE proposto dalla Commissione contro il nostro Paese per non aver applicato le procedure previste dalla direttiva n. 92/50/Cee. Il procedimento censurato è stata la procedura per la stipula delle convenzioni per l'utilizzo della frazione residua dei rifiuti urbani, adottata e conclusa dall'ufficio del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti della regione Sicilia, senza adottare appunto le procedure, sopra indicate.

La normativa comunitaria prevede che le amministrazioni che intendano aggiudicare un appalto pubblico di servizi mediante procedura aperta, ristretta o negoziata, devono rendere noto tale proposito con un bando di gara che deve essere pubblicato nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* e nella banca dati «TED», nelle rispettive lingue originali. Un riassunto degli elementi importanti di ciascun bando viene pubblicato nelle altre lingue ufficiali delle Comunità (artt. 11, 15 e 17).

La Corte di giustizia, nel pronunciarsi sull'inadempimento dell'Italia, ha preliminarmente osservato come la qualificazione di tali convenzioni debba essere effettuata solamente alla luce del diritto comunitario. L'Italia, infatti, ha sostenuto, richiamando la propria giurisprudenza nazionale, come le convenzioni stipulate configurano concessioni di servizi, escluse dal campo di applicazione della direttiva n. 92/50/Cee.

Le convenzioni che sono state stipulate dalla Regione Sicilia hanno previsto il versamento, da parte del Commissario delegato all'operatore, di una tariffa il cui importo è stato fissato in euro per tonnellata di rifiuti conferita a quest'ultimo dai comuni interessati. Dalla giurisprudenza della Corte relativa alla definizione dell'art. 1, lett. a. della direttiva n. 92/50/Cee si ricava che un appalto pubblico di servizi comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi (cfr. sentenze del 21 luglio 2005 in causa n. C-231/03, *Coname*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 7287 e del 13 ottobre 2005 in causa n. C-458/03, *Parking Brixen*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 8585. Vedi le sentenze anche in questa *Rivista*, rispettivamente p. 685 ss. e p. 686 ss. con commento di A. SONCINI, *Trasparenza ed effettività in materia di concessioni di servizi*, p. 693 ss.). Ne consegue, secondo la Corte di giustizia, che il tipo di tariffa prevista dalle convenzioni controverse può qualificare un contratto a titolo oneroso ai sensi della normativa comunitaria e, quindi, un appalto pubblico di servizi.

Inoltre, la Corte ha precisato, giungendo così a considerare che le convenzioni controverse devono essere considerate appalti pubblici ai sensi della direttiva n. 92/50/Cee e

non concessioni di servizi, che si è in presenza di una concessione di servizi quando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria opera e comportano che quest'ultimo accetti il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (cfr. sentenza del 7 dicembre 2000 in causa n. C-324/98, *Telaustria e Telefonadress*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 10745 e ordinanza del 30 maggio 2002 in causa n. C-358/00, *Buchhändler-Vereinigung*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 4685). Ne consegue che l'Italia, non avendo osservato le prescrizioni contenute, in particolare, agli artt. 11, 15 e 17, della direttiva n. 92/50/Cee per le convenzioni stipulate, qualificate appalti pubblici di servizi, ha violato la normativa comunitaria.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LE NOZIONI DI TELEVENDITA E DI PUBBLICITÀ TELEVISIVA

Corte di giustizia

Sentenza del 18 ottobre 2007 in causa n. C-195/06

Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) c. Österreichischer Rundfunk (ORF)

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Libera prestazione dei servizi - Esercizio delle attività televisive - Direttiva n. 89/552/Cee (direttiva TV senza frontiere) - Direttiva n. 97/36/Ce - Nozioni di «televendita» e di «pubblicità televisiva» - Gioco a premi - Definizioni.

L'art. 1 della direttiva del Consiglio del 3 ottobre 1989, n. 89/552/Cee, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997, n. 97/36/Ce, dev'essere interpretato nel senso che una trasmissione, o parte di trasmissione, in cui un'emittente televisiva offre ai telespettatori la possibilità di partecipare, componendo immediatamente un numero telefonico speciale – quindi a pagamento – ad un gioco a premi,

- rientra nella definizione di televendita del detto articolo, lett. f., se tale trasmissione, o parte di trasmissione, costituisce una vera e propria offerta di servizi, tenuto conto dello scopo della trasmissione in cui si colloca il gioco, dell'importanza di quest'ultimo in termini di tempo e di ricadute economiche attese rispetto a quelle previste complessivamente per la detta trasmissione, nonché dell'orientamento dei quesiti posti ai candidati;

- rientra nella definizione di pubblicità televisiva del detto articolo, lett. c., se, alla luce della finalità e del contenuto di tale gioco, nonché delle condizioni in cui sono presentati i premi in palio, esso consiste in un messaggio diretto ad incitare i telespettatori ad acquistare i beni ed i servizi presentati

*come premio, o volto a promuovere indirettamente, in forma di autopromozione, le qualità dei programmi dell'emittente in questione*¹.

¹ Insieme alla rete informatica mondiale, «la televisione offre il mezzo più provocatorio per diffondere i messaggi pubblicitari, sia per l'intensità, sia per la capacità di penetrazione e di stimolazione» (cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentate nella causa in data 24 maggio 2007). Tenuto conto di tali particolarità del sistema televisivo, è stata emanata la direttiva n. 89/552/Cee (in *Guce* n. L 298 del 17 ottobre 1989, p. 23), la c.d. direttiva «TV senza frontiere», che disciplina l'attività pubblicitaria, sottoponendola ad una serie di regole e di principi considerati fondamentali, lasciando ai Paesi dell'Unione la competenza nel fissare norme più rigorose (ventiseiesimo *considerando*). «Al contempo, la televisione apre una finestra attraverso la quale la vita, reale o immaginaria, entra in tutte le case, insieme al commercio, permettendo l'acquisto di beni e servizi senza dover scendere in strada. Le televendite proliferano in numerose emittenti, aprendo un importante mercato cui la Comunità non poteva voltare le spalle» (cfr. conclusioni Avvocato Generale, *cit.*). La direttiva n. 97/36/Ce (in *Guce* n. L 202 del 30 luglio 1997, p. 60) ha perciò modificato la direttiva n. 89/552/Cee, allo scopo di fornire una disciplina organica a tale fenomeno e di salvaguardare l'interesse del consumatore, attraverso il controllo dei contenuti delle televendite, per distinguerle dalla mera pubblicità televisiva (trentaseiesimo e trentasettesimo *considerando* della direttiva n. 97/36/Ce).

In tale contesto, il Consiglio superiore federale per la comunicazione austriaco ha sottoposto alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali sull'interpretazione delle nozioni di pubblicità televisiva (art. 1, lett. c., direttiva n. 89/552/Cee) e di televendita, (art. 1, lett. f., direttiva n. 97/36/Ce).

La controversia dalla quale sono scaturite le questioni pregiudiziali ha visto contrapposti, da un lato, l'Autorità austriaca per le telecomunicazioni e l'Österreichischer Rundfunk (ORF) in merito alla qualificazione di «televendita» o di «pubblicità televisiva» di un gioco a premi organizzato in occasione della diffusione, da parte dell'ORF, di una trasmissione intitolata Quiz-Express nella quale i telespettatori venivano invitati a partecipare ad un gioco effettuando una telefonata a pagamento (avendo l'ORF stipulato preventivamente un accordo con un operatore telefonico).

L'Autorità austriaca per le telecomunicazioni presentava una denuncia dinanzi al Consiglio superiore federale per la comunicazione austriaco per la violazione, da parte dell'ORF, dell'art. 13, n. 2, della legge sull'ORF secondo la quale a quest'ultimo è vietata la concessione di periodi di trasmissione per offerte dirette al pubblico ai fini della fornitura, dietro compenso, di beni o di servizi, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni (televendite).

L'organo giurisdizionale austriaco ha considerato possibile qualificare tale forma di trasmissione come «televendita». Tuttavia, ha ritenuto di interpretare la normativa nazionale alla luce delle disposizioni comunitarie. Ha sospeso così il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia per chiarire se nella nozione di televendita o di pubblicità televisiva di cui all'art. 1 della direttiva n. 89/552/Cee rientri una trasmissione nel corso della quale viene offerta ai telespettatori, da parte dell'emittente radiotelevisiva, l'occasione di intervenire a un gioco a premi effettuando una telefonata a pagamento.

Innanzitutto la Corte di giustizia, richiamando la propria costante giurisprudenza sul punto, ha osservato che quando una disposizione comunitaria non contiene alcun richiamo esplicito al diritto degli Stati membri deve essere interpretata in maniera autonoma e uniforme alla luce della finalità perseguita dalla stessa disposizione comunitaria (cfr. in tal senso, le seguenti sentenze della Corte: del 18 gennaio 1984 in causa n. 327/82, *Ekro*, in *Raccolta*, 1984, p. 107; del 19 settembre 2000 in causa n. C-287/98, *Linster*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6917; del 17 marzo 2005 in causa n. C-170/03, *Feron*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 2299 e del 14 dicembre 2006 in causa n. C-316/05, *Nokia*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 12083).

Ne consegue che l'obiettivo principale perseguito dal legislatore comunitario è la protezione dei consumatori-telespettatori contro l'eccessiva pubblicità. La Corte di giustizia ha analizzato, pertanto, la portata delle nozioni di televendita e di pubblicità televisiva alla luce di tale obiettivo.

Nel caso di specie, gli spettatori sono invitati, come sopra precisato, a comporre un

numero telefonico a pagamento al fine di poter prendere parte al gioco a premi. Secondo la Corte, consentendo al consumatore tale intervento, l'emittente televisiva mette a disposizione del telespettatore un servizio. Tuttavia, potrebbe parlarsi di televendita solamente se il gioco potesse essere qualificato come un'attività economica vera e propria consistente nella prestazione di servizi e non si limitasse ad una semplice offerta di intrattenimento nell'ambito della messa in onda (cfr. sentenza del 26 giugno 1997 in causa n. C-368/95, *Familia-press*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3689).

Infine, la Corte di giustizia ha poi chiarito che l'invito a partecipare al gioco a premi presenterebbe una caratteristica specifica tale da conferirle il carattere di pubblicità televisiva ai sensi dell'art. 1, lett. c. della direttiva n. 89/552/Cee, qualora i beni o i servizi offerti come premio formassero oggetto di presentazioni o promozioni destinate ad indurre i telespettatori ad acquistare i beni o i servizi.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA NOZIONE DI REGOLA TECNICA DI CUI ALLA DIRETTIVA N. 98/34/CE

Corte di giustizia

Sentenza dell'8 novembre 2007 in causa n. C-20/05

Procedimento penale a carico di Karl Josef Wilhelm Schwibbert

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 98/34/Ce - Procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche - Obbligo di comunicare i progetti di regole tecniche - Legge nazionale che impone l'obbligo di apporre il contrassegno dell'ente nazionale incaricato della riscossione dei diritti d'autore su dischi compatti commercializzati - Nozione di «regola tecnica».

La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998, n. 98/34/Ce, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione, come modificata con direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 luglio 1998, n. 98/48/Ce, dev'essere interpretata nel senso che disposizioni nazionali come quelle di cui trattasi nella causa principale, in quanto abbiano stabilito, successivamente all'entrata in vigore della direttiva del Consiglio del 28 marzo 1983, n. 83/189/Cee, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche, l'obbligo di apporre sui dischi compatti contenenti opere d'arte figurativa il contrassegno «SIAE» in vista della loro commercializzazione nello Stato membro interessato, costituiscono una regola tecnica che, qualora non sia stata notificata alla Commissione, non può essere fatta valere nei confronti di un privato¹.

¹ Nell'ambito di un procedimento penale promosso dinanzi al Tribunale di Forlì contro il signor Schwibbert per detenzione di dischi compatti CD contenenti opere d'arte figurativa

(riproduzione di opere dei pittori De Chirico e Schifano), privi del contrassegno della Società Italiana autori ed editori, la c.d. SIAE, è stata posta alla Corte di giustizia la questione della compatibilità delle disposizioni nazionali che impongono l'apposizione di tale contrassegno con l'art. 3 e con gli artt. 23-27 del Trattato CE, nonché con la direttiva n. 83/189/Cee, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche (in *Guce* n. L 109 del 26 aprile 1983, p. 8), come modificata dalla direttiva n. 98/34/Cee (in *Guce* n. L 204 del 21 luglio 1998, p. 37), nonché con le direttive n. 92/100/Cee (in *Guce* n. L 346 del 27 novembre 1992, p. 61) e n. 2001/29/Ce (in *Guce* n. L 167 del 22 giugno 2001, p. 10), concernenti rispettivamente il diritto di autore in materia di proprietà intellettuale e taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società d'informazione.

Nell'ambito del recepimento della direttiva n. 92/100/Ce, il legislatore italiano, in forza del dlgo n. 685 del 16 novembre 1994 (in *Guri* n. 293 del 16 dicembre 1994), che ha abrogato la legge n. 121/87, ha inserito in particolare nella l. 22 aprile 1941, n. 633, in materia di diritto d'autore (in *Guri* n. 166 del 16 luglio 1941) una disposizione, l'art. 171 *ter*, n. 1, lett. c., che commina sanzioni penali specifiche: «È punito con la reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa da lire 500.000 a lire 6.000.000 chiunque: (...) vende o noleggia videocassette, musicassette od altro supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento, non contrassegnati dalla società italiana degli autori ed editori (SIAE) ai sensi della presente legge e del regolamento di esecuzione (...)».

Il giudice del rinvio ha chiesto in sostanza se gli artt. 1, 8, 10 e 11 della direttiva n. 98/34/Ce contrastino con le disposizioni nazionali, sopra citate, laddove esse prevedano, in occasione della riproduzione di opere dell'ingegno, l'apposizione sul supporto in cui queste ultime sono contenute della sigla della SIAE.

La Corte di giustizia ha verificato anzitutto se l'obbligo di apporre la sigla possa essere qualificato come regola tecnica ai sensi dell'art. 1 della direttiva n. 98/34/Ce. A parere della Corte, l'apposizione del contrassegno SIAE, necessaria per informare i consumatori e le autorità nazionali sulla legalità delle copie vendute, viene effettuata sul supporto stesso che contiene l'opera dell'ingegno, quindi sul prodotto. Tale contrassegno, pertanto, costituisce una specificazione tecnica ai sensi dell'art. 1, punto 3 della direttiva n. 98/34/Ce (cfr. sentenza del 20 marzo 1997 in causa n. C-13/96, *Bic Benelux*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 1753): «una specificazione che figura in un documento che definisce le caratteristiche richieste di un prodotto, quali i livelli di qualità o di proprietà di utilizzazione, la sicurezza, le dimensioni, comprese le prescrizioni applicabili al prodotto per quanto riguarda la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, le prove ed i metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, nonché le procedure di valutazione della conformità».

La direttiva n. 98/34/Ce contiene, altresì, alcuni obblighi di comunicazione a carico degli Stati: gli Stati membri, infatti, devono comunicare alla Commissione i progetti di regole tecniche che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva. Qualora tale obbligo non venga rispettato, la regola tecnica non può essere opposta ai singoli (cfr., in particolare, sentenze del 30 aprile 1996 in causa n. C-194/94, *CIA Security International*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 2201 e in questa *Rivista*, 1996, p. 535 ss. con commento di O. PORCHIA, *L'efficacia della direttiva n. 83/189 in materia di regole tecniche: un raffronto con l'art. 93.3 del Trattato*, p. 545 ss.; del 16 giugno 1998 in causa n. C-226/97, *Lemmens*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3711 e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 441, nonché del 6 giugno 2002 in causa n. C-159/00, *Sapod Audic*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 5031).

La Corte di giustizia ha precisato che l'obbligo di apposizione del contrassegno SIAE è stato esteso anche ai CD, successivamente all'entrata in vigore della direttiva n. 83/189/Cee. Ai sensi dell'art. 8, gli «Stati membri procedono ad una nuova comunicazione (...) qualora essi apportino al progetto di regola tecnica modifiche importanti che ne alterino il campo di applicazione (...)». Secondo la Corte di giustizia, l'inclusione dei CD, nell'ambito dell'obbligo di apposizione del contrassegno «SIAE» deve essere considerata come una modifica di tal genere (cfr. sentenza del 1° giugno 1994 in causa n. C-317/92, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 2039) e l'Italia non ha mai provveduto a comunicare la modifica di cui sopra (sentenza del 16 settembre 1997 in causa n. C-279/94, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4743 e in questa *Rivista*, 1997, p. 709 ss. con commento di F. CAPELLI, *La notifica preventiva di una legge nazionale alla Commissione europea come condizione di*

applicabilità delle regole tecniche in essa contenute, p. 713 ss. e del 7 maggio 1998 in causa n. C-145/97, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2643).

Ne consegue, e così ha concluso la Corte di giustizia, che l'inadempimento dell'obbligo di comunicare una modifica al progetto di regola tecnica costituisce un vizio procedurale nell'adozione della regola tecnica e comporta conseguentemente l'inapplicabilità della regola stessa, anche nei confronti dei privati.

**PER L'INDIVIDUAZIONE DEL GIUDICE COMPETENTE
IN UNA CAUSA DI DIVORZIO TRA UN CITTADINO
COMUNITARIO E UN CITTADINO DI UN PAESE TERZO
DEVE APPLICARSI IL REGOLAMENTO N. 2201/2003**

Corte di giustizia

Sentenza del 29 novembre 2007 in causa n. C-68/07

Kerstin Sundelind Lopez c. Miguel Enrique Lopez Lizazo

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Regolamento Ce n. 2201/2003 - Artt. 3, 6 e 7 - Competenza giurisdizionale - Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale - Competenza in materia di divorzio - Convenuto cittadino di uno Stato terzo e ivi residente - Norme nazionali di competenza che prevedono un foro esorbitante.

Gli artt. 6 e 7 del regolamento Ce del Consiglio del 27 novembre 2003, n. 2201, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, che abroga il regolamento Ce n. 1347/2000, come emendato dal regolamento Ce del Consiglio del 2 dicembre 2004, n. 2116, rispetto ai Trattati con la Santa Sede, devono essere interpretati nel senso che, nel corso di una causa di divorzio, qualora un convenuto non abbia la residenza abituale in uno Stato membro e non sia cittadino di uno Stato membro, i giudici di uno Stato membro non possono, per statuire su tale domanda, fondare la loro competenza sul loro diritto nazionale se i giudici di un altro Stato membro sono competenti ai sensi dell'art. 3 di tale regolamento¹.

¹ La domanda pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 3, 6 e 7 del regolamento Ce n. 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (in *Gu-Ue* n. L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 ss.), è stata proposta nell'ambito di un procedimento di divorzio promosso dalla signora Sundelind Lopez, di nazionalità svedese, nei confronti del signor Lopez Lizazo, di nazionalità cubana.

Nel periodo in cui hanno vissuto insieme, i coniugi risiedevano in Francia. La signora Sundelind Lopez continua a risiedere in Francia, mentre il marito ha la residenza a Cuba. La signora Sundelind Lopez, basandosi sulla normativa svedese, ha avviato la causa di divor-

zio dinanzi al Tribunale di primo grado di Stoccolma. La sua istanza è stata respinta perché è applicabile la giurisdizione francese.

Dopo aver esaurito tutti i gradi di giudizio, la signora Sundelind Lopez ha proposto un ricorso in Corte di cassazione che ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia. La Corte di giustizia è stata chiamata a chiarire la competenza giurisdizionale nel caso in cui il convenuto in una causa di divorzio non abbia la sua residenza abituale sul territorio di uno Stato membro e non sia neppure cittadino dell'UE. In sostanza, se, come nel caso di specie, l'istanza di divorzio possa essere esaminata da un giudice di uno Stato membro che non è competente ai sensi dell'art. 3 del regolamento Ce n. 2201/2003.

La Corte di giustizia ha osservato come, da un lato, ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. *a*., del regolamento n. 2201/2003, i giudici francesi siano competenti a pronunciarsi sulla domanda della signora Sundelind Lopez e, dall'altro lato, come ai sensi dell'art. 7, n. 1, del regolamento n. 2201/2003, qualora nessun giudice di uno Stato membro abbia la competenza, questa venga determinata, in ciascuno Stato membro, dal diritto nazionale.

Ai sensi dell'art. 17 del regolamento l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, investita illegittimamente di una controversia per la quale il regolamento non prevede la sua competenza, deve dichiarare d'ufficio la propria incompetenza qualora sia competente un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro.

Orbene, nel caso di specie, poiché i giudici francesi sono competenti a pronunciarsi sulla domanda nella causa principale, i giudici svedesi devono, ai sensi dell'art. 17 del regolamento, dichiararsi d'ufficio incompetenti a favore dei giudici francesi.

A parere della Corte di giustizia, tale ragionamento non viene messo in discussione neppure dall'art. 6 del regolamento relativo al carattere esclusivo della competenza giurisdizionale di cui agli artt. 3, 4 e 5 ai sensi del quale: «Il coniuge che: *a*. risiede abitualmente nel territorio di uno Stato membro o *b*. ha la cittadinanza di uno Stato membro o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, ha il proprio "domicilio" nel territorio di uno di questi Stati membri, può essere convenuto in giudizio davanti alle autorità giurisdizionali di un altro Stato membro soltanto in forza degli artt. 3, 4 e 5». Infatti, tale disposizione non istituisce un principio generale sulla determinazione della competenza dei giudici di uno Stato membro per statuire sulle questioni relative al divorzio rispetto ad un convenuto che non ha la sua residenza abituale in uno Stato membro e che non è cittadino di uno Stato membro, ma riguarda in ogni caso il diritto nazionale, anche quando è competente un giudice di uno Stato membro.

Secondo la Corte di giustizia, il regolamento n. 2201/2003 trova applicazione anche nei confronti dei cittadini di Stati terzi che hanno vincoli sufficientemente forti con il territorio di uno degli Stati membri in conformità ai criteri di competenza previsti dal regolamento. In particolare tali criteri si fondano sul principio che deve sussistere un'effettiva connessione tra l'interessato e lo Stato membro che esercita la competenza. E, nel caso di specie, tale collegamento esiste con la Francia e non con la Svezia.

APPLICABILITÀ DEL REGOLAMENTO N. 44/2001 IN MATERIA ASSICURATIVA CON RIFERIMENTO ALL'AZIONE CHE LA PERSONA LESA PUÒ PROPORRE NEI CONFRONTI DELL'ASSICURATORE

Corte di giustizia

Sentenza del 13 dicembre 2007 in causa n. C-463/06

FBO Schadeverzekeringen NV c. Jack Odenbreit

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Regolamento Ce n. 44/2001 - Competenza in materia di assicurazione - Responsabilità civile - Azione diretta della persona lesa nei confronti dell'assicuratore - Norma della competenza del domicilio del ricorrente - Applicabilità.

Il rinvio effettuato nell'art. 11, n. 2, del regolamento Ce del Consiglio del 22 dicembre 2000, n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, all'art. 9, n. 1, lett. b., del regolamento medesimo deve essere interpretato nel senso che la persona lesa può proporre un'azione diretta contro l'assicuratore dinanzi al giudice del luogo dello Stato membro in cui è domiciliata, qualora una siffatta azione diretta sia consentita e l'assicuratore sia domiciliato nel territorio di uno Stato membro¹.

¹ La questione pregiudiziale sull'interpretazione del regolamento Ce n. 44/2001 è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra il signor Jack Odenbreit, cittadino tedesco, vittima di un incidente automobilistico verificatosi nei Paesi Bassi, e la società di assicurazione del responsabile dell'incidente, la società a responsabilità limitata FBTO, con sede nei Paesi Bassi. (Sulla competenza giurisdizionale in materia di sinistri stradali cfr. H. BACKU - A. FURLANETTO, *Competenza giurisdizionale e diritto applicabile nei sinistri internazionali del settore automobilistico*, in questa Rivista, 2007, p. 219 ss.).

Nel corso dell'anno 2003, il signor Odenbreit è stato coinvolto in un incidente automobilistico nei Paesi Bassi con un assicurato della FBTO. In qualità di persona lesa, il signor Odenbreit ha proposto un'azione diretta nei confronti dell'assicuratore dinanzi all'Amtsgericht Aachen, che è il giudice del luogo del suo domicilio, fondandosi, al riguardo, sul regolamento n. 44/2001. Tale giudice ha respinto la domanda del ricorrente dichiarando l'incompetenza dei giudici tedeschi. Il signor Odenbreit ha interposto appello avverso tale pronuncia dinanzi allo Oberlandesgericht Köln e, successivamente, un ricorso in Corte di cassazione (Bundesgerichtshof).

Il Bundesgerichtshof, adito in ultima istanza, ritenendo indispensabile interpretare le disposizioni del regolamento n. 44/2001, ha deciso di sospendere il giudizio e di far chiarire alla Corte di giustizia se, per il rinvio effettuato nell'art. 11, n. 2, all'art. 9, n. 1, lett. b., del regolamento n. 44/2001, la persona danneggiata possa agire direttamente nei confronti dell'assicuratore dinanzi al giudice del luogo in cui è domiciliata, quando tale azione diretta sia possibile e l'assicuratore sia domiciliato sul territorio di uno Stato membro.

Si precisa che l'art. 9, n. 1, lett. a. e b., del regolamento n. 44/2001 prevede che: «1. L'assicuratore domiciliato nel territorio di uno Stato membro può essere convenuto: a. davanti ai giudici dello Stato in cui è domiciliato o b. in un altro Stato membro, davanti al giudice del luogo in cui è domiciliato l'attore qualora l'azione sia proposta dal contraente dell'assicurazione, dall'assicurato o da un beneficiario [...]». E l'art. 11 precisa che le disposizioni dell'art. 9 sono applicabili all'azione diretta proposta dalla persona lesa contro l'assicuratore.

La Corte di giustizia ha risolto la questione rilevando che l'art. 9, n. 1, lett. b., del regolamento n. 44/2001 non si limita ad attribuire la competenza ai giudici del domicilio dei soggetti ivi indicati, ma che, al contrario, prevede la norma della competenza del domicilio dell'attore, riconoscendo in tal modo a tali soggetti la possibilità di citare l'assicuratore dinanzi al giudice del luogo in cui essi sono domiciliati. Tale rinvio, a parere della Corte, finisce con l'aggiungere all'elenco degli attori, contenuto nell'art. 9, n. 1, lett. b., i soggetti che hanno subito un danno.

La Corte di giustizia ha concluso sottolineando come la vittima di un incidente, alla quale venisse reso impossibile il diritto di agire dinanzi al giudice del luogo del proprio domicilio, sarebbe privata di una tutela identica a quella che tale regolamento concede alle altre parti considerate deboli nelle controversie in materia assicurativa e si porrebbe,

dunque, in contrasto con l'obiettivo perseguito dallo stesso regolamento (cfr. sentenze del 13 luglio 2000 in causa n. C-412/98, *Group Josi*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 5925 e del 12 maggio 2005 in causa n. C-112/03, *Société financière et industrielle du Peloux*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 3707 e del 26 maggio 2005 in causa n. C-77/04, *GIE Réunion européenne e a.*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 4509).

**OBBLIGHI DI COMUNICAZIONE DA PARTE DELLE DITTE
DI IMPORTAZIONE DI PRODOTTI COSMETICI ALLA LUCE
DELLA NORMATIVA COMUNITARIA SULLA LIBERA
CIRCOLAZIONE DELLE MERCI**

Corte di giustizia

Sentenza del 24 gennaio 2008 in causa n. C-257/06

Roby Profumi s.r.l. c. Comune di Parma

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 28 CE - Direttiva n. 76/768/Cee - Tutela della salute dei consumatori - Prodotti cosmetici - Importazione - Comunicazione alle autorità dello Stato d'importazione di informazioni relative ai prodotti cosmetici - Principio di proporzionalità - Conformità al diritto comunitario.

L'art. 7 della direttiva del Consiglio del 27 luglio 1976, n. 76/768/Cee, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative ai prodotti cosmetici, come modificata dalla direttiva del Consiglio del 14 giugno 1993, n. 93/35/Cee, non osta a una disposizione nazionale che, al fine di garantire un trattamento medico pronto ed adeguato, nei casi di alterazione della salute, impone all'importatore di prodotti cosmetici di comunicare al Ministero della Sanità e alla Regione il nome o la ragione sociale dell'impresa, la sua sede legale e quella dell'officina di produzione nonché l'elenco completo e dettagliato delle sostanze impiegate e di quelle contenute in detti prodotti¹.

¹ La domanda di pronuncia pregiudiziale concernente l'interpretazione delle norme sulla libera circolazione delle merci e dell'art. 7 della direttiva n. 76/768/Cee, sui prodotti cosmetici (in *Guce* n. L 262 del 27 settembre 1976, p. 169), modificata dalla direttiva n. 93/35/Cee (in *Guce* n. L 151 del 23 giugno 1993, p. 32) è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la società Roby Profumi Srl, da un lato, e il Comune di Parma, dall'altro, per avere il sindaco del Comune Parma inflitto alcune sanzioni alla Roby Profumi per il mancato rispetto della normativa nazionale riguardante i prodotti cosmetici. Si precisa che la direttiva n. 76/768/Cee introduce regole uniformi relativamente alla composizione, l'etichettatura e l'imballaggio dei prodotti cosmetici (sulla salvaguardia della sanità pubblica, cfr. sentenza del 13 settembre 2001 in causa n. C-169/99, *Schwarzkopf*, in *Raccolta*, 2001,

I, p. 5901) e gli Stati membri non possono, per motivi inerenti alle esigenze contenute nella direttiva, rifiutare, vietare o limitare l'immissione sul mercato dei prodotti cosmetici conformi alle disposizioni della direttiva stessa. Lo Stato italiano si è adeguato alla normativa comunitaria con la legge dell'11 ottobre 1986, n. 713 (in *Guri* n. 253 del 30 ottobre 1986, *suppl. ord.*), come modificata dal dlgs n. 126 del 24 aprile 1997 (in *Guri* n. 112 del 16 maggio 1997).

Alla Roby Profumi, una società italiana operante nel settore *import-export* di prodotti cosmetici all'interno del mercato comunitario, è stata inflitta nel 2000 da parte di un'autorità amministrativa sanitaria locale una sanzione pecuniaria per il mancato rispetto dell'obbligo, contenuto nell'art. 10, comma 8, della l. n. 713/86, di comunicare al Ministero della Sanità e alla Regione, in particolare il nome o la ragione sociale dell'impresa, la sua sede legale e quella dell'officina di produzione, nonché l'elenco completo e dettagliato delle sostanze impiegate e contenute nei prodotti in questione. Esauriti tutti i gradi di giudizio la Roby Profumi ha proposto ricorso in Cassazione e questa ha deciso di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte di valutare la conformità della normativa italiana controversa con l'art. 28 CE e con l'art. 7 della direttiva n. 76/768/Cee.

La Corte di giustizia ha precisato che dalla direttiva si evince come gli Stati membri non possano rifiutare, vietare o limitare l'immissione sul mercato dei prodotti cosmetici conformi alle disposizioni della direttiva stessa e come uno Stato membro possa esigere che informazioni adeguate sulle materie contenute nei prodotti di bellezza siano messe a disposizione delle autorità competenti per consentire un pronto ed adeguato trattamento medico in presenza di episodi rischiosi per la salute dei consumatori (cfr. sentenza del 5 maggio 1993 in causa n. C-246/91, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 2289). A parere della Corte di giustizia tale disposizione, oltre a garantire la libertà dei prodotti cosmetici, persegue pure l'obiettivo di tutela della salute delle persone (cfr. sentenza del 13 gennaio 2000 in causa n. C-220/98, *Estée Lauder*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 117) ed è proporzionato a tale obiettivo (cfr. sentenze del 28 gennaio 1999 in causa n. C-77/97, *Unilever*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 431, massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 297 ss., e del 24 ottobre 2002 in causa n. C-99/01, *Linhart e Biffl*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 9375) in quanto è solamente grazie alle informazioni che devono essere comunicate che si rende possibile prescrivere un trattamento medico tempestivo adeguato. Ne consegue che la legge n. 713/1986 controversa non contrasta con la normativa comunitaria sulla libera circolazione delle merci.

CONTRASTA CON IL TRATTATO CE LA NORMATIVA ITALIANA CHE DISCIPLINA L'ASSEGNAZIONE DELLE FREQUENZE IN MATERIA DI TRASMISSIONI RADIOTELEVISIVE

Corte di giustizia

Sentenza del 31 gennaio 2008 in causa n. C-380/05

Centro Europa 7 Srl c. Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e Direzione Generale Autorizzazioni e Concessioni Ministero delle Comunicazioni

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 49 CE - Libera prestazione di servizi - Direttiva n. 2002/21/Ce - Direttiva n. 2002/20/Ce - Direttiva n. 2002/77/Ce - Comunicazioni elettroniche - Attività di radiodiffusione televisiva - Nuovo quadro normativo comune - Assegnazione di frequenze

di trasmissione - Concorrenza leale - Libertà di espressione - Principio del pluralismo dei mezzi di comunicazione.

L'art. 49 Trattato CE e, a decorrere dal momento della loro applicabilità, l'art. 9, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, n. 2002/21/Ce, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva «quadro»), gli artt. 5, nn. 1 e 2, secondo comma, e 7, n. 3, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, n. 2002/20/Ce, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva «autorizzazioni»), nonché l'art. 4 della direttiva della Commissione del 16 settembre 2002, n. 2002/77/Ce, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, devono essere interpretati nel senso che essi ostano, in materia di trasmissione televisiva, ad una normativa nazionale la cui applicazione conduca a che un operatore titolare di una concessione si trovi nell'impossibilità di trasmettere in mancanza di frequenze di trasmissione assegnate sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati¹.

¹ Con la questione pregiudiziale nella causa n. C-380/05, il Consiglio di Stato italiano ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione delle seguenti disposizioni: la normativa comunitaria in materia di libera prestazione di servizi e di concorrenza, la direttiva n. 2002/21/Ce sulle reti ed i servizi di comunicazione elettronica (in *Guce* n. L 108 del 24 aprile 2002, p. 33), la direttiva n. 2002/20/Ce relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (in *Guce* n. L 108 del 24 aprile 2002, p. 21), la direttiva n. 2002/77/Ce, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica (in *Guce* n. L 249 del 17 settembre 2002, p. 21) e l'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950.

La società televisiva Centro Europa 7 s.r.l., nonostante l'ottenimento nel 1999 della concessione per la radiodiffusione in ambito nazionale a seguito di pubblica gara d'appalto, non riusciva a conseguire l'attribuzione delle radiofrequenze necessarie per esercitare tale concessione. E per tali ragioni che la Centro Europa 7 proponeva dinanzi al TAR del Lazio un ricorso amministrativo diretto a far accertare il suo diritto e ottenere l'assegnazione delle frequenze ed il risarcimento del danno. Il TAR del Lazio respingeva il ricorso e la Centro Europa 7 impugnava la sentenza del TAR dinanzi al Consiglio di Stato che decideva, a sua volta, di sospendere il procedimento e di rivolgere alla Corte di giustizia una serie di questioni pregiudiziali.

Il nucleo fondamentale del contesto normativo della radiodiffusione televisiva in ambito nazionale è costituito dalle seguenti leggi: la legge Mammi n. 223/1990 (in *Guri* n. 185 del 9 agosto 1990, *suppl. ord.*), la legge Maccanico n. 249/1997 (in *Guri* n. 177 del 31 luglio 1997, *suppl. ord.*) e la legge Gasparri n. 112/2004 (in *Guri* n. 104 del 5 maggio 2004, *suppl. ord.*).

La Corte di giustizia ha evidenziato come il giudice del rinvio si soffermi, in particolare, sulla compatibilità con il diritto comunitario della legge n. 249/1997 solo per la parte relativa all'art. 3, n. 7, che ha istituito un regime transitorio in favore delle reti esistenti, con l'effetto di impedire agli operatori sprovvisti di frequenze radio, come la Centro Europa 7, l'accesso al mercato in questione.

Infatti, in applicazione dell'art. 3, n. 7, della legge n. 249/1997, all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni veniva affidato il potere di fissare il termine entro cui, dato l'aumento effettivo e considerevole degli utenti dei programmi via cavo o via satellite, le reti eccedenti avrebbero dovuto trasmettere i loro programmi soltanto via satellite o via cavo, abbandonando conseguentemente le frequenze terrestri. Tale termine veniva fissato al 31 dicembre 2003. Altre leggi che si sono succedute hanno avuto l'effetto di ostacolare l'as-

segnazione ad operatori pur provvisti di concessioni di frequenze radio necessarie per operare sul mercato delle trasmissioni televisive in tecnica analogica, assegnate in applicazione della legge n. 249/1997. Ciò, di fatto, ha impedito l'accesso al mercato agli operatori sprovvisti di frequenze di trasmissione.

La Corte di giustizia ha osservato come le misure volte a limitare il numero di operatori che possono trasmettere sul mercato in questione siano state idonee ad ostacolare la prestazione di servizi nel settore delle trasmissioni radiotelevisive e che tali misure hanno avuto l'effetto di bloccare le strutture del mercato nazionale e di proteggere la posizione degli operatori nazionali già attivi sul mercato (cfr. sentenze del 23 ottobre 1997 in causa n. C-189/95, *Franzén*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 5909; del 3 febbraio 1976 in causa n. 59/75, *Manghera e a.*, in *Raccolta*, 1976, p. 91 e in questa *Rivista*, 1976, p. 344 ss.; del 13 marzo 1979 in causa n. 91/78, *Hansen*, in *Raccolta*, 1979, p. 935; del 7 giugno 1983 in causa n. 78/82, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1983, p. 1955 e del 14 dicembre 1995 in causa n. C-387/93, *Banchero*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4663). La Corte ha precisato, altresì, che l'art. 49 CE impedisce l'applicazione di qualsiasi normativa nazionale che abbia l'effetto di rendere la prestazione di servizi tra gli Stati membri più difficile della prestazione di servizi puramente interna ad uno Stato membro (cfr. sentenza dell'8 settembre 2005 in cause riunite n. C-544/03 e n. C-545/03, *Mobistar e Belgacom Mobile*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 7723).

Sul fondamento giustificativo di tali misure la Corte ha sottolineato come l'attribuzione delle frequenze radio per i servizi di comunicazione elettronica debba essere organizzato sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati (cfr. Quadro normativo comune per i servizi di comunicazione elettronica). Orbene, l'attribuzione delle frequenze ad un numero limitato di operatori non è stata effettuata in base a tali criteri (cfr. sentenza del 6 marzo 2007 in cause riunite n. C-338/04, n. C-359/04 e n. C-360/04, *Placanica*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 1891 e massimata in questa *Rivista*, 2007, p. 332; del 30 novembre 1995 in causa n. C-55/94, *Gebhard*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4165 e in questa *Rivista*, 1996, 287 ss. con commenti di E. ADOBATI *Differenza tra libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento per l'esercizio della professione forense secondo la sentenza della Corte di giustizia nel caso Gebhard*, p. 293 ss. e A. BARANI, *Il caso Gebhard: un avvocato tedesco in Italia*, p. 301 ss.; del 6 novembre 2003 in causa n. C-243/01, *Gambelli e a.*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 13031, massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 528, e del 13 novembre 2003 in causa n. C-42/02, *Lindman*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 13519, massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 529 ss.).

La Corte di giustizia ha poi osservato come, in attuazione della legge n. 112/2004, le frequenze siano state assegnate alle reti esistenti e queste ultime siano state autorizzate a trasmettere in riferimento al regime transitorio che si è limitato a prolungare quello istituito dalla legge n. 249/1997. Tale normativa, così ha concluso la Corte di giustizia, «non si limita ad attribuire agli operatori esistenti un diritto prioritario ad ottenere le frequenze, ma riserva loro tale diritto in esclusiva, senza limiti di tempo alla situazione di privilegio così creata e senza prevedere un obbligo di restituzione delle frequenze eccedenti dopo la transizione alla trasmissione televisiva in tecnica digitale». Ne consegue, pertanto, che il regime di assegnazione delle frequenze ad un numero limitato di operatori, contrasta con l'art. 49 CE.

VENDITA DI PRODOTTI VIDEO PER CORRISPONDENZA E TUTELA DEI MINORI

Corte di giustizia

Sentenza del 14 febbraio 2008 in causa n. C-244/06

Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides Media AG

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Libera circolazione delle merci - Art. 28 CE - Misure di effetto equivalente - Direttiva n. 2000/31/Ce - Normativa nazionale che vieta la vendita per corrispondenza di supporti video che non sono stati sottoposti al controllo e alla classificazione ai fini della tutela dei minori da parte dell'autorità competente e che sono sprovvisti dell'indicazione, proveniente da tale autorità, dell'età a partire dalla quale ne è consentita la visione - Supporti video importati da un altro Stato membro sottoposti al controllo e alla classificazione da parte della competente autorità di tale Stato e recanti l'indicazione di un limite di età - Giustificazione - Tutela dei minori - Principio di proporzionalità - Ammissibilità.

L'art. 28 CE non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nella causa principale, che vieta la vendita e la cessione per corrispondenza di supporti video non sottoposti al controllo e alla classificazione, ai fini della tutela dei minori, da parte di un'autorità regionale superiore o di un organismo nazionale di autoregolamentazione volontaria, nonché sprovvisti dell'indicazione, proveniente da tale autorità o da tale organismo, dell'età a partire dalla quale ne è consentita la visione, salvo che risulti che la procedura di controllo, classificazione e contrassegno di supporti video prevista da tale normativa non sia facilmente accessibile, ovvero non possa concludersi entro termini ragionevoli, ovvero il diniego non possa formare oggetto di ricorso esperibile in via giurisdizionale¹.

¹ La domanda pregiudiziale avente ad oggetto l'interpretazione degli artt. 28 CE e 30 CE, nonché della direttiva n. 2000/31/Ce sul commercio elettronico (in *Guce* n. L 178 del 17 luglio 2000, p. 1) è stata presentata nell'ambito di una controversia tra le società tedesche Dynamic Medien Vertriebs GmbH (di seguito denominata: Dynamic Medien) e la Avides Media AG (di seguito denominata: Avides), concernente la vendita in Germania, per corrispondenza tramite *internet*, da parte della Avides, di supporti video provenienti dal Regno Unito non sottoposti al controllo e alla classificazione ai fini della protezione dei minori da parte del competente organismo tedesco.

L'Avides importava dal Regno Unito in Germania, cartoni animati giapponesi in versione DVD o videocassetta. I programmi erano stati oggetto di controllo da parte della Commissione britannica di classificazione dei *film* (British Board of Film Classification: BBFC). Tale organismo, dopo aver verificato a quale pubblico fossero indirizzati i supporti video da commercializzare, ha proceduto alla loro classificazione nella categoria «vietato ai minori di anni quindici». Sui supporti video veniva apposto anche un adesivo del BBFC atto a segnalare che la loro visione era consentita agli adolescenti di età superiore a quindici anni.

La Dynamic Medien, concorrente dell'Avides, adiva il Tribunale di Coblenza allo scopo di inibire a quest'ultima società la vendita per corrispondenza dei supporti video in questione. A parere della Dynamic Medien, la legge sulla tutela dei minori (la legge del 23 luglio 2002 sulla tutela dei minori, *Jugendschutzgesetz*) prescrive che i supporti video importati, prima di essere commercializzati, debbono essere oggetto di controllo in Germania, essere provvisti dell'indicazione relativa all'età a partire dalla quale ne è consentita la visione, risultante da una decisione di classificazione adottata da un'autorità regionale superiore o da un organismo nazionale di autoregolamentazione.

Il Tribunale di Coblenza ha così deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire se la normativa nazionale controversa contrasti con i principi della libera circolazione delle merci, nonché con la direttiva n. 2000/31/Ce.

La Corte di giustizia, nelle proprie osservazioni preliminari, ha osservato come la normativa di cui alla causa principale vieti qualsiasi vendita per corrispondenza di supporti vi-

deo non sottoposti al controllo e alla classificazione, ai fini della tutela dei minori, da parte dell'autorità competente, e sprovvisti dell'indicazione, proveniente da tale autorità, relativa all'età a partire dalla quale ne è consentita la visione. Tale normativa, inoltre, si applica non soltanto ai fornitori stabiliti sul territorio della Repubblica federale di Germania, bensì anche a quelli stabiliti in un altro Stato membro.

Sull'esistenza di una restrizione alla libera circolazione delle merci la Corte ha richiamato la propria costante giurisprudenza sul punto: ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari va considerata come una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative e, a tale titolo, è vietata dall'art. 28 CE (cfr., in particolare, le sentenze dell'11 luglio 1974 in causa n. 8/74, *Dassonville*, in *Raccolta*, 1974, p. 837 e in questa *Rivista*, 1974, 429 ss.; del 19 giugno 2003 in causa n. C-420/01, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 6445 e dell'8 novembre 2007 in causa n. C-143/06, *Ludwigs-Apotheke*, non ancora pubblicata in *Raccolta*).

Inoltre, la Corte ha qualificato come misure di effetto equivalente, vietate dall'art. 28 CE, le disposizioni nazionali che sottopongono un prodotto, legalmente fabbricato e posto in commercio in un altro Stato membro, a controlli supplementari, fatte salve le deroghe previste o ammesse dal diritto comunitario (cfr. sentenze del 22 gennaio 2002 in causa n. C-390/99, *Canal Satellite Digital*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 607 e dell'8 maggio 2003 in causa n. C-14/02, *ATRAL*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4431).

La Corte di giustizia, ha ritenuto irrilevante il richiamo alla sentenza *Keck e Mithouard* (del 24 novembre 1993 in cause riunite n. C-267/91 e n. C-268/91, in *Raccolta*, 1993, I, p. 6097 e in questa *Rivista*, 1994, p. 665 con commento di S. AMODEO, *Novità in tema di divieto di misure di effetto equivalente*, p. 671 ss.) in quanto, nel caso di specie, la normativa nazionale non costituisce una modalità di vendita dei prodotti; nella fattispecie, la normativa tedesca non vieta la vendita dei supporti video, ma essa prevede che i prodotti, per essere commercializzati, debbano essere sottoposti ad un controllo da parte delle competenti autorità tedesche. Ne consegue che la normativa tedesca costituisce una misura di effetto equivalente.

Infine, sull'eventuale giustificazione della normativa controversa, la Corte di giustizia ha osservato come i diritti dei minori siano tutelati in ambito internazionale con il Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato dalle Nazioni Unite il 19 dicembre 1966, la Convenzione sui diritti dell'infanzia, adottata dalle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 (art. 17) e, in ambito europeo, con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 24).

È pacifico, secondo la Corte di giustizia, che la normativa tedesca è diretta a tutelare il minore contro le informazioni e i materiali che possono arrecare grave pregiudizio al suo benessere e gli Stati membri godono di un certo margine di discrezionalità nell'elaborare misure restrittive volte alla tutela dei diritti del minore.

Infine, la procedura di controllo, classificazione e contrassegno dei supporti video prevista dalla normativa nazionale risulta facilmente accessibile e si conclude entro termini ragionevoli. Inoltre, in caso di esito negativo, il diniego può formare oggetto di ricorso esperibile in via giurisdizionale (cfr. sentenze del 16 luglio 1992 in causa n. C-344/90, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4719 e del 5 febbraio 2004 in causa n. C-95/01, *Greenham e Abel*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 1333). Spetta, tuttavia, al giudice del rinvio, che è investito della causa principale e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, verificare se ciò avvenga nel caso di specie.

VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA PARITÀ DI TRATTAMENTO NEL CASO DI LICENZIAMENTO DI UNA LAVORATRICE CHE SI SOTTOPONE AD UN TRATTAMENTO DI FECONDAZIONE *IN VITRO*

Corte di giustizia

Sentenza del 26 febbraio 2008 in causa n. C-506/06

Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Politica sociale - Direttiva n. 92/85/Cee - Misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento - Nozione di «lavoratrice gestante» - Divieto di licenziamento delle lavoratrici gestanti nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità - Procedimento di fecondazione *in vitro* - Tempistica - Interpretazione della direttiva n. 76/207/Cee - Parità di trattamento fra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile - Lavoratrice sottoposta a un trattamento di fecondazione *in vitro* - Divieto di licenziamento - Sussistenza della discriminazione.

*La direttiva del Consiglio del 19 ottobre 1992, n. 92/85/Cee, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (decima direttiva particolare ai sensi dell'art. 16, par. 1 della direttiva n. 89/391/Cee), e, in particolare, il divieto di licenziamento delle lavoratrici gestanti di cui all'art. 10, punto 1, di tale direttiva devono essere interpretati nel senso che non riguardano una lavoratrice che si sottopone a fecondazione *in vitro* qualora, al momento della comunicazione del licenziamento, la fecondazione dei suoi ovuli con gli spermatozoi del partner abbia già avuto luogo, e si sia quindi già in presenza di ovuli fecondati *in vitro*, ma questi non siano stati ancora trasferiti nell'utero della lavoratrice¹.*

*Gli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva del Consiglio del 9 febbraio 1976, n. 76/207/Cee, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, ostano al licenziamento di una lavoratrice che, in circostanze quali quelle di cui alla causa principale, si trovi in una fase avanzata di un trattamento di fecondazione *in vitro*, vale a dire tra il prelievo follicolare e il trasferimento immediato degli ovuli fecondati *in vitro* nel suo utero, purché sia dimostrato che il licenziamento si fonda essenzialmente sul fatto che l'interessata si sia sottoposta a tale trattamento².*

¹⁻² La signora Mayr si è sottoposta ad un trattamento di fecondazione *in vitro* e, quando i suoi ovuli erano già stati fecondati *in vitro*, ma gli embrioni non ancora immessi nell'utero, la società presso la quale lavorava le ha notificato il provvedimento volto a risolvere il rapporto di lavoro. A parere della signora Mayr, a partire dalla data in cui era avvenuta la fecondazione *in vitro* dei suoi ovuli, doveva trovare applicazione, nei propri confronti, la tutela contro il licenziamento prevista dall'art. 10, n. 1, della normativa sulla tutela delle lavoratrici madri. Per contro, l'impresa respingeva tali argomentazioni sostenendo che al momento della comunicazione del licenziamento non sussisteva lo stato di gravidanza della lavoratrice.

La Corte di cassazione austriaca, adita in ultima istanza dalla ricorrente, ha chiesto alla Corte di giustizia di interpretare la nozione di «lavoratrice gestante» di cui all'art. 2, lett. a., della direttiva n. 92/85/Cee (in *Guce* n. L 348 del 28 novembre 1992, p. 1), nonché di precisare se, al momento del licenziamento, l'interessata poteva essere considerata gestante, tutelata ai sensi della disposizione, sopra citata.

L'ordinanza di rinvio ha posto, quindi, il problema di determinare il momento a partire dal quale inizia la gestazione agli effetti della direttiva n. 92/85/Cee considerato che, per «lavoratrice gestante» ai sensi dell'art. 2, lett. a., si definisce ogni lavoratrice che «informi del suo stato il proprio datore di lavoro, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali».

La Corte di giustizia ha osservato, *in primis*, come la fecondazione *in vitro* consista nella fecondazione di un ovulo al di fuori del corpo della donna e che lo scopo perseguito dalle norme del diritto comunitario sul principio della parità tra i sessi nel settore dei diritti delle donne gestanti o puerpere è quello di tutelare le lavoratrici sia prima che dopo il parto (cfr. sentenze dell'8 settembre 2005 in causa n. C-191/03, *McKenna*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 7631 e dell'11 ottobre 2007 in causa n. C-460/06, *Paquay*, in *Raccolta*, 2007, p. 8511 ss.).

All'art. 10 della direttiva n. 92/85/Cee troviamo una protezione specifica per la donna; esso sancisce il divieto di licenziamento nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità (cfr. sentenze del 14 luglio 1994 in causa n. C-32/93, *Webb*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3567; del 30 giugno 1998 in causa n. C-394/96, *Brown*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4185; del 4 ottobre 2001 in causa n. C-109/00, *Tele Danmark*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6993 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 700).

E alla luce di tale disposizione che la Corte ha stabilito se la tutela contro il licenziamento si estenda ad una lavoratrice che si trovi nelle circostanze di cui alla causa principale.

È pacifico che, dal tenore letterale delle norme sopra citate, affinché la direttiva n. 92/85/Cee possa trovare applicazione, la gravidanza in questione deve aver avuto inizio.

La Corte di giustizia ha ritenuto che la direttiva n. 92/85/Cee non sia applicabile nel caso di specie. Tuttavia, ha osservato come il giudice nazionale, nella formulazione della questione pregiudiziale, non abbia considerato altre norme pertinenti di diritto comunitario. La lavoratrice, infatti, avrebbe potuto far valere la tutela contro la discriminazione fondata sul sesso riconosciuta dalla direttiva n. 76/207/Cee sul principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (in *Guce* n. L 39 del 14 febbraio 1976, p. 40; cfr. sentenze del 12 dicembre 1990 in causa n. C-241/89, *SARPP*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4695 e del 26 aprile 2007 in causa n. C-392/05, *Alevizos*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 3505 e massimata in questa *Rivista*, 2007, p. 743).

L'art. 2, n. 1, della direttiva n. 76/207/Cee prevede che «il principio della parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia». La direttiva «non pregiudica le disposizioni relative alla protezione della donna, in particolare per quanto riguarda la gravidanza e la maternità».

La direttiva n. 76/207/Cee prevede, dunque, che una tutela contro il licenziamento debba essere riconosciuta alla donna non solo durante il congedo di maternità, ma anche durante l'intero periodo della gravidanza. A parere della Corte, il licenziamento di una lavoratrice a causa della sua gravidanza o per un motivo basato sostanzialmente su tale stato può riguardare solo le donne e costituisce quindi una discriminazione diretta basata sul sesso.

Ne consegue, e così conclude la Corte, che il licenziamento di una lavoratrice in circostanze come quelle di cui alla causa principale, contrasta con la finalità di tutela perseguita dalla direttiva n. 76/207/Cee, se il licenziamento si è basato esclusivamente sul fatto che la lavoratrice si è sottoposta ad un trattamento di fecondazione *in vitro*.

Il giudice austriaco che ha sollevato la questione pregiudiziale dovrà verificare, nel caso di specie, se il licenziamento della signora Mayr si è basato esclusivamente sul fatto che la signora si sia sottoposta ad un trattamento di fecondazione *in vitro*.

IN GERMANIA SONO AMMESSE LE PRESTAZIONI PREVIDENZIALI AI PARTNER DELLO STESSO SESSO

Corte di giustizia

Sentenza del 1° aprile 2008 in causa n. C-267/06

Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Direttiva n. 2000/78/CE - Prestazioni ai superstiti previste da un regime obbligatorio previdenziale di categoria - Nozione di «retribuzione» - Diniego di concessione per mancanza di matrimonio - Partner dello stesso sesso - Discriminazione fondata sull'orientamento sessuale - Applicabilità della direttiva n. 2000/78/CE - Contrasto.

Una prestazione ai superstiti concessa nell'ambito di un regime previdenziale di categoria come quello gestito dalla Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (Vd dB) rientra nella sfera di applicazione della direttiva del Consiglio del 27 novembre 2000, n. 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro¹.

Il combinato disposto degli artt. 1 e 2 della direttiva n. 2000/78/CE osta ad una normativa come quella controversa nella causa principale in base alla quale, dopo il decesso del partner con il quale ha contratto un'unione solidale, il partner superstite non percepisce una prestazione ai superstiti equivalente a quella concessa ad un coniuge superstite, mentre, nel diritto nazionale, l'unione solidale porrebbe le persone dello stesso sesso in una posizione analoga a quella dei coniugi per quanto riguarda tale prestazione ai superstiti. È compito del giudice a quo verificare se, nell'ambito di un'unione solidale, il partner superstite sia in una posizione analoga a quella di un coniuge beneficiario della prestazione ai superstiti prevista dal regime previdenziale di categoria gestito dalla Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen².

¹⁻² La Corte suprema amministrativa di Monaco ha sottoposto alla Corte di giustizia cinque questioni pregiudiziali ex art. 234 CE sull'interpretazione della direttiva n. 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (in *Guce* n. L 303 del 2 dicembre 2000, p. 16). La controversia è scaturita dal mancato riconoscimento di una pensione al superstite di una coppia costituita da persone dello stesso sesso non unite in matrimonio, ma legate da un'unione solidale registrata (istituita in Germania con legge del 16 febbraio 2001 e modificata nel 2004). In Germania, infatti, il matrimonio è previsto solamente per le unioni eterosessuali.

Il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di chiarire se la domanda del ricorrente nella causa principale rientri nel campo di applicazione della direttiva (prima e seconda questione); se sussista una disuguaglianza fondata sulle tendenze sessuali, vietata dalla normativa comunitaria (terza e quarta questione) e se il riconoscimento del diritto debba essere limitato nel tempo (quinta questione). Secondo il ricorrente, il fatto di non accordare ad una persona, dopo il decesso del proprio *partner* di unione solidale, il beneficio di prestazioni ai superstiti così come ad un coniuge superstite costituirebbe una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale di tale persona.

Con la prima, la seconda e la quarta questione, che la Corte risolve congiuntamente, il giudice *a quo* ha chiesto, in sostanza, se una prestazione ai superstiti concessa nell'ambito di un regime previdenziale di categoria come quello gestito dalla Vd dB, l'ente di previdenza dei lavoratori dei teatri tedeschi, rientri nella sfera di applicazione della direttiva n. 2000/78/CE.

La Corte di giustizia, nel risolvere le questioni, ha osservato che la direttiva in questione trova completa applicazione sia nel settore pubblico, compresi gli enti pubblici, sia nel settore privato, per quanto concerne, in particolare, le condizioni di retribuzione e che essa, per contro, non si applica ai pagamenti di qualsiasi genere effettuati dai regimi statali e dai regimi statali di sicurezza o di protezione sociale. La natura giuridica della prestazione ai superstiti concessa in base ad un regime previdenziale di categoria è stata valutata alla luce dell'art. 141 CE. Sull'argomento, la Corte di giustizia ha avuto occasione di precisare che una pensione ai superstiti prevista da un regime pensionistico di categoria, creata con un contratto collettivo, rientra nella sfera di applicazione dell'art. 141 CE. Il fatto che la pensione sia corrisposta non allo stesso lavoratore, ma al coniuge superstite, è secondario, in quanto tale prestazione è un vantaggio che trae origine dall'iscrizione al regime del coniuge del superstite (cfr. sentenze del 6 ottobre 1993 in causa n. C-109/91, *Ten Oever*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 4879; del 28 settembre 1994 in causa n. C-200/91, *Coloroll Pension Trustees*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 4389; del 17 aprile 1997 in causa n. C-147/95, *Evrenopoulos*, in *Raccolta*, I, p. 2057 e del 9 ottobre 2001 in causa n. C-379/99, *Menauer*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 7275).

La Corte di giustizia ha precisato, altresì, che per valutare se una pensione di vecchiaia rientri nella sfera di applicazione dell'art. 141 CE, occorre considerare il criterio dell'impiego, vale a dire se la pensione di vecchiaia sia corrisposta al lavoratore in ragione del rapporto di lavoro che lo lega al suo ex datore di lavoro, (cfr. sentenze del 28 settembre 1994 in causa n. C-7/93, *Beune*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 4471; del 29 novembre 2001 in causa n. C-366/99, *Griesmar*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 9383 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 301; del 12 settembre 2002 in causa n. C-351/00, *Niemi*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 7007, nonché del 23 ottobre 2003 in cause riunite n. C-4/02 e n. C-5/02, *Schönheit e Becker*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 12575).

La Corte di giustizia ha preso atto che il regime obbligatorio previdenziale di categoria, rivolto al personale artistico teatrale in Germania, trova la sua fonte in un contratto collettivo di lavoro finanziato esclusivamente dai lavoratori e dai datori di lavoro del settore considerato, con esclusione di qualsiasi intervento finanziario pubblico. Pertanto, a parere della Corte, la prestazione controversa dipende dal rapporto di lavoro del *partner* di unione solidale del ricorrente e deve essere qualificata come retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE.

Con la terza questione pregiudiziale, la Corte di giustizia ha chiarito se, nel caso di specie, si è concretizzata una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. Il beneficio di tale prestazione ai superstiti è limitato, in base alle disposizioni dello statuto della Vddb, ai soli coniugi superstiti ed è negato ai *partner* di unione solidale superstiti. Tali *partner* di unione solidale si vedono quindi trattati in modo meno favorevole rispetto ai coniugi relativamente all'ottenimento del beneficio. Ne consegue, a parere della Corte di giustizia, che l'applicazione della normativa tedesca controversa determina discriminazioni dirette fondate sull'orientamento sessuale.

Infine, con l'ultima questione, la Corte ha ritenuto di non limitare nel tempo gli effetti della sentenza, in quanto, a parere dei giudici comunitari, l'equilibrio finanziario del regime gestito dalla Vddb non rischia di subire particolari ripercussioni.

LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA LE MODALITÀ DI APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA SUGLI APPALTI AI PRESTATORI DI SERVIZI TRANSNAZIONALI

Corte di giustizia

Sentenza del 3 aprile 2008 in causa n. C-346/06

Dirk Rüffert, in qualità di curatore fallimentare della Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG c. Land Niedersachsen (Land Bassa Sassonia)

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 49 CE - Libera prestazione dei servizi - Restrizioni - Direttiva n. 96/71/Ce - Distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi - Procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori - Tutela previdenziale dei lavoratori - Contratti collettivi - Salario minimo - Restrizione alla libera prestazione dei servizi - Contrasto.

La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996, n. 96/71/Ce, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, interpretata alla luce dell'art. 49 CE, osta, in circostanze come quelle della causa principale, ad un provvedimento legislativo, emanato da un'autorità di uno Stato membro, che imponga agli enti pubblici aggiudicatori di attribuire gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione¹.

¹ La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 49 CE è sorta nell'ambito di una controversia che oppone il signor Rüffert, in qualità di curatore fallimentare della Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG (di seguito denominata: Objekt und Bauregie), e il Land Bassa Sassonia, avente ad oggetto la risoluzione di un contratto di appalto stipulato tra tale società e il Land Bassa Sassonia, nell'ambito di un appalto pubblico di lavori.

Il Land Bassa Sassonia, in seguito a pubblica gara, attribuiva nell'anno 2003 alla Objekt und Bauregie un appalto relativo a lavori strutturali di edilizia nella costruzione di un istituto penitenziario. Il contratto presentava l'impegno a rispettare i contratti collettivi e, più specificamente, quello di corrispondere ai lavoratori impiegati nel cantiere per lo meno il salario minimo in vigore nel luogo dell'esecuzione in base al contratto collettivo.

La Objekt und Bauregie affidava i lavori in subappalto ad un'impresa stabilita in Polonia. Nel corso dell'anno 2004 sorgeva il dubbio che tale impresa impiegasse nel cantiere lavoratori cui sarebbe stato corrisposto un salario inferiore a quello previsto dal contratto collettivo. Successivamente, le parti risolvevano il contratto d'appalto e il Land chiedeva il pagamento della penale contrattuale.

Il giudice *a quo*, investito della controversia in appello, ha chiesto alla Corte di giustizia se contrasti con l'art. 49 CE, un provvedimento legislativo, emanato da un'autorità di uno Stato membro, che imponga agli enti pubblici aggiudicatari di assegnare gli appalti nel campo edilizio esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori, per lo meno la retribuzione minima prevista dal contratto collettivo nel luogo di esecuzione degli stessi lavori.

La Corte di giustizia ha ritenuto che, per risolvere la controversia, bisognasse interpretare anche le disposizione della direttiva n. 96/71/Ce sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, in *Guce* n. L 18 del 21 gennaio 1997, p. 1 (cfr. sentenze del 12 ottobre 2004 in causa n. C-60/03, *Wolff & Müller*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 9553, massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 269 e del 29 gennaio 2008 in causa n. C-275/06, *Promusicae*, non ancora pubblicata in *Raccolta*).

La Corte di giustizia ha precisato che l'effetto vincolante di un contratto collettivo del

genere di quello oggetto della causa principale si estende solamente ad una parte del settore edilizio rientrante nell'ambito di applicazione territoriale del contratto collettivo medesimo e che un provvedimento come quello di cui alla causa principale non fissa una tariffa salariale secondo le modalità previste dalla direttiva n. 96/71/Ce. Ne consegue che la tariffa salariale in questione non può essere imposta dagli Stati membri alle imprese stabilite in altri Stati, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale.

La Corte, richiamando quanto affermato dall'Avvocato Generale Yves Bot nelle proprie conclusioni depositate in data 20 settembre 2007, ha osservato come l'obbligo, previsto per gli aggiudicatari di appalti pubblici di lavori e i loro subappaltatori, di rispettare la retribuzione del contratto collettivo applicabile nel luogo di esecuzione delle prestazioni possa comportare per i prestatori di servizi stabiliti in un altro Stato membro, con salari minimi inferiori, un onere economico aggiuntivo, in grado di vietare o ostacolare le prestazioni di servizi nello Stato ospitante. Ne consegue che il provvedimento in questione non può essere giustificato dall'obiettivo di tutela dei lavoratori e contrasta, pertanto, con l'art. 49 CE.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

**È ESCLUSO L'UTILIZZO DELLE DENOMINAZIONI
«PARMIGIANO» O «BIO-PARMESAN» O «PARMESAN»
PER I PRODOTTI CASEARI NON CONFORMI AL DISCIPLINARE
DEL FORMAGGIO PARMIGIANO REGGIANO**

**Sentenza del Tribunale regionale (*Landgericht*) di Berlino del 22 aprile
2008***

Presidente, *Pade* - Giudici, *Donner* e *Manowski*

Consorzio del Formaggio Parmigiano Reggiano c. Allgäuland-Käsereien GmbH

Regolamento (Ce) n. 510/2006, art. 13, par. 1 - Protezione delle denominazioni d'origine e delle indicazioni geografiche - Valutazione del carattere generico di una denominazione - Onere della prova a carico dell'utilizzatore - Non è dimostrato che «Parmesan» sia divenuta una denominazione generica.

All'attore spetta un diritto di esclusione nei confronti del convenuto in relazione all'utilizzo delle denominazioni «Parmigiano» o «Bio-Parmesan» o «Parmesan» per i prodotti caseari che non siano conformi al disciplinare stabilito per il prodotto «Parmigiano Reggiano» ai sensi del Regolamento (Ce) n. 510/2006.

* La revisione della traduzione in lingua italiana è stata curata da S. VENTURA (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 367 ss., il commento di SERGIO VENTURA.

(Omissis) **In diritto**

1. Il convenuto viene condannato – a pena di una sanzione pecuniaria che dovrà essere determinata dal tribunale per ogni caso di infrazione e, qualora non potesse essere riscossa, a pena di una detenzione sostitutiva della sanzione pecuniaria fino a sei mesi (sanzione pecuniaria massima nel singolo caso fino a € 250.000,00; detenzione sostitutiva della sanzione pecuniaria totale fino ad un massimo di due anni, che dovrà essere applicata all'amministratore) – ad astenersi dal produrre, pubblicizzare, mettere in vendita o immettere sul mercato un formaggio con la denominazione «Parmigiano» o «Bio-Parmesan» o «Parmesan», se questo non corrisponde al disciplinare del Regolamento (Ce) n. 510/2006 e non è stato prodotto nella zona d'origine di cui al Regolamento Ce.

Per il resto viene rigettato il ricorso.

(Omissis)

A. All'attore spetta un diritto di esclusione nei confronti del convenuto in relazione all'utilizzo delle denominazioni «Parmigiano» o «Bio-Parmesan» o «Parmesan» per i prodotti caseari che non siano conformi al disciplinare stabilito per il prodotto «Parmigiano Reggiano» ai sensi del regolamento (Ce) n. 510/2006. Questo diritto risulta dall'art. 13 par. 1 lett. b. del regolamento (Ce) n. 510/2006 in collegamento con l'art. 135 par. 1 della legge sui marchi (MarkenG) e l'art. 8 par. 3 n. 2 della legge federale contro la concorrenza sleale (*UWG*).

(Omissis)

4. L'utilizzo delle denominazioni «Parmigiano», o «Bio-Parmesan» o «Parmesan» per il formaggio a pasta dura prodotto in Algovia (Germania) da parte del convenuto viola l'art. 13 par. 1 lett. b. del regolamento (Ce) n. 510/2006.

a. Dall'art. 13 par. 1 del Regolamento (Ce) n. 510/2006 si evince che le denominazioni registrate godono di una protezione straordinariamente ampia. In particolare è vietato non solo qualsiasi utilizzo diretto, ma anche ogni «utilizzo commerciale indiretto» di una denominazione registrata (art. 13 par. 1 lett. a.), nonché qualsiasi usurpazione, imitazione o evocazione, anche se l'origine vera del prodotto è indicata o se la denominazione protetta è una traduzione (art. 13 par. 1 lett. b.). È inoltre vietata «qualsiasi altra indicazione falsa o ingannevole relativa alla provenienza, all'origine, alla natura o alle qualità essenziali dei prodotti» (art. 13 par. 1 lett. c.), nonché «qualsiasi altra prassi che possa indurre in errore il consumatore sulla vera origine dei prodotti» (art. 13 par. 1 lett. d.). Da questi numerosi divieti si ricava che l'autore del regolamento si basa su un ampio diritto d'esclusiva collettivo per la protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine (cfr. anche Corte d'appello di Amburgo, GRUR-RR, 2004, 36, 37 in merito al regolamento precedente 2081/92).

b. Le parti concordano sul fatto che i prodotti caseari realizzati dal convenuto e oggetto della causa non soddisfano i requisiti per potersi avvalere della denominazione protetta «Parmigiano Reggiano», dato che la produzione non avviene nella zona d'origine in Italia, bensì in Germania.

c. È parimenti indubbio che il «nome registrato» ai sensi dell'art. 13 del regola-

mento (Ce) n. 510/2006 è solamente la denominazione «Parmigiano Reggiano» nella sua forma composta e che non esistono ulteriori registrazioni né per le singole parti di tale denominazione, né per la denominazione «Parmesan». Fra le relative motivazioni troviamo le affermazioni espresse dall'Avvocato Generale Léger nelle sue conclusioni in merito alla causa n. C-66/00 - *Dante Bigi*, ove sostiene che si è optato per la doppia denominazione in quanto il formaggio a pasta dura da tutelare non viene prodotto solamente nella città di Parma e dintorni, ma anche nell'area geografica di Reggio nell'Emilia e tutti i produttori dell'area in questione dovevano approfittare della protezione offerta dal regolamento. Inoltre il Governo italiano si sarebbe basato sulla corrispondenza ovvero sull'uguale valore della denominazione registrata con «Parmigiano» e «Parmesan». Questa valutazione potrebbe tuttavia non costituire un prerequisito per la questione se la protezione si estenda effettivamente anche alle due denominazioni citate per ultime.

d. Sulla base dell'ampia protezione descritta sopra che l'art. 13 del regolamento (Ce) n. 510/2006 concede ai nomi registrati, non si può tuttavia concludere che sia lecito utilizzare denominazioni diverse da «Parmigiano Reggiano», come ci mostrano le alternative dalle quali astenersi in conformità al par. 1 dalla lett. a. alla lett. d.

e. Con la Corte di giustizia delle Comunità europee (sentenza del 26 febbraio 2008 in causa n. C-132/05, punto 46 e seguenti) la sezione ha ipotizzato che la denominazione «Parmesan» costituisca un'evocazione della denominazione protetta «Parmigiano Reggiano», sebbene le due denominazioni non possano venire equiparate in considerazione dello sviluppo storico.

Nel regolamento (Ce) n. 510/2006 non viene ulteriormente spiegata l'importanza e la portata del termine «evocazione» impiegato nell'art. 13 par. 1 lett. b. La Corte di giustizia delle Comunità europee lo ha concretizzato in una precedente sentenza, affermando che un'evocazione di una denominazione d'origine protetta può sussistere anche se non vi è alcun rischio di fare confusione fra i prodotti in oggetto e se la protezione comunitaria non varrebbe per le singole parti della denominazione di riferimento riprese dall'espressione oggetto della vertenza (cfr. CGCE, *GRUR Int.*, 1999, 443, 445 - *Gorgonzola/Cambozola*). Questo elemento costitutivo va quindi tenuto in maggiore considerazione del rischio di confusione necessario per l'insorgenza dei diritti d'interdizione in presenza della similitudine di due simboli nel diritto tedesco dei marchi d'impresa. Nella sentenza relativa alla vertenza n. C-132/05, punto 44, la Corte di giustizia ha inoltre sostenuto che questo termine comprende anche il caso in cui l'espressione utilizzata per descrivere un prodotto includa una parte di una denominazione protetta e quindi il nome del prodotto induca il consumatore a stabilire un nesso mentale con il prodotto al quale si riferisce la denominazione.

L'opinione sostenuta dal convenuto che nell'utilizzo delle prime quattro lettere della denominazione protetta non si possa individuare fin dall'inizio un'evocazione è errata, in quanto non è importante l'insorgenza di un rischio di confusione nel senso stretto del diritto di mercato.

È piuttosto determinante il fatto che fra le denominazioni «Parmesan» e «Parmigiano Reggiano» sussista una similitudine a livello visivo e sonoro e che i prodotti in questione siano costituiti da formaggio a pasta dura grattugiato o da grattugiare, fra i quali il consumatore non è senz'altro in grado di percepire la differenza. In ogni caso il consumatore è indotto a collegare mentalmente un formaggio «Parmesan»

non prodotto in Italia con quello riportante la denominazione d'origine protetta, anche se sulla confezione è indicata l'effettiva provenienza. Questa informazione non si contrappone infatti a un'evocazione, come stabilito espressamente all'art. 13 par. 1 lett. *b.* del regolamento (Ce) n. 510/2006.

Come dimostra la confezione scelta dal convenuto per il prodotto, si mira chiaramente a far sorgere un simile collegamento mentale. Effettivamente è possibile che anche altre confezioni del convenuto riportino i colori nazionali italiani verde, bianco e rosso, tuttavia in questo caso è importante esclusivamente l'effetto nel contesto dei prodotti oggetto della causa. Inoltre sull'etichetta sono stampati un tipico paesaggio del nord Italia e la parola italiana che indica un caseificio (formaggeria), alla quale fa giustamente riferimento l'attore.

f. Si potrebbe quindi tralasciare la questione ampiamente discussa fra le parti se la denominazione «Parmesan» sia da intendersi come traduzione della denominazione «Parmigiano Reggiano».

5. Non è inoltre vero che l'impiego della denominazione «Parmesan» oggetto della causa fosse lecito in quanto si tratterebbe di una mera denominazione generica.

a. In conformità all'art. 3 par. 1 del regolamento (Ce) n. 510/2006, i nomi che sono diventati denominazioni generiche non possono venire registrati come denominazioni d'origine. Qui si definisce come denominazione generica il nome di un prodotto agricolo o alimentare che si riferisce effettivamente a un luogo o a una regione dove veniva originariamente prodotto o commercializzato il prodotto agricolo in questione e che è diventato in generale il nome comune per indicare il prodotto agricolo o alimentare.

Per stabilire se un nome è diventato una denominazione generica, si devono considerare tutti i fattori e in particolare la situazione esistente negli Stati membri e nelle aree di consumo, nonché le norme di legge nazionali o comunitarie in materia. Nel punto 53 della sentenza del 26 febbraio 2008 relativa alla causa n. C-132/05 la Corte di giustizia delle Comunità europee ha inoltre stabilito che nell'ambito della valutazione del carattere generico di una denominazione in conformità all'art. 3 par. 1 del regolamento (Ce) n. 2081/92 si devono considerare l'area di produzione del prodotto in oggetto, sia all'interno che all'esterno dello Stato membro che ha ottenuto la registrazione della denominazione in oggetto, il consumo del prodotto, la comprensione di questa denominazione da parte del consumatore all'interno e all'esterno dello Stato membro citato, l'esistenza di uno specifico regolamento nazionale per il detto prodotto e il tipo di utilizzo della denominazione in questione nelle disposizioni di legge comunitarie.

b. Nel regolamento (Ce) n. 510/2006 non viene espressamente disciplinato come procedere nel caso in cui il nome registrato non sia effettivamente una denominazione generica ai sensi dell'art. 3, ma sia da intendersi come la traduzione del nome, di una parte di esso o di un concetto, valutabile come evocazione illecita alla denominazione d'origine protetta. La sezione ritiene che una simile situazione non possa venire valutata diversamente dal caso regolamentato all'art. 13 par. 1 comma 2 del regolamento (Ce) n. 510/2006 in cui un nome registrato contiene direttamente un nome di un prodotto agricolo o alimentare reputato denominazione generica e quindi anche l'utilizzo della denominazione generica non può venire reputata una violazione dei punti *a.* o *b.*

c. In base al carattere eccezionale dell'art. 13 par. 1 comma 2 del regolamento (Ce) n. 510/2006, la sezione era dell'opinione che nella presente controversia spetti all'utilizzatore spiegare e illustrare che la denominazione utilizzata per contrassegnare il proprio prodotto sia effettivamente (diventata) una denominazione generica. Per analogia anche la Corte di giustizia delle Comunità europee, nella causa n. C-132/05, ha sostenuto che la Repubblica federale tedesca doveva dimostrare la correttezza della propria affermazione e cioè che nel caso di «Parmesan» si tratta di una denominazione generica.

d. La Corte di giustizia ha già stabilito in passato che (a suo parere) non è assolutamente palese che la denominazione «Parmesan» sia diventata una denominazione generica. Così nella causa n. C-66/00-*Dante Bigi* sostiene, al punto 20: «Nel presente caso non è tuttavia palese che la denominazione Parmesan sia diventata una denominazione generica. Infatti, ad eccezione del Governo tedesco e in certa misura del Governo austriaco, tutti i Governi che hanno rilasciato delle dichiarazioni in materia e anche la Commissione hanno rivendicato che la denominazione francese «Parmesan» sia la traduzione corretta del DOP Parmigiano Reggiano» (*GRUR Int.*, 2002, 849, 851).

e. In proposito il convenuto ha sostenuto, a ragione, che le affermazioni della Corte di giustizia delle Comunità europee in merito alla responsabilità della Repubblica federale tedesca della produzione di prove nell'ambito della causa n. C-132/05 non possono impedirgli di dimostrare nell'ambito della presente causa che «Parmesan» sia una denominazione generica. Tuttavia le argomentazioni prodotte in merito dal convenuto ovvero la documentazione presentata non si sono dimostrate sufficienti. La sezione non è stata in grado di concludere che la denominazione Parmesan «sia diventata per i consumatori comunitari il nome comune di un prodotto agricolo o alimentare».

f. A parte l'aver più volte ripetuto che Parmesan sarebbe considerato generalmente come una denominazione generica, il convenuto non ha prodotto delle tesi sufficientemente motivate in merito ai criteri citati al punto a. per comprovare l'esistenza di una denominazione generica. Quando egli, per sostenere la propria ipotesi, si basa essenzialmente su prodotti caseari messi agli atti in copia o in originale, induce piuttosto a trarre la conclusione opposta.

aa. Se nel caso di «Parmesan» si trattasse effettivamente di una denominazione generica per i consumatori della Comunità per indicare un formaggio a pasta dura di origine non meglio specificata, il convenuto avrebbe dovuto senz'altro essere in grado di presentare dei prodotti attuali provenienti da vari Stati membri e riportanti tale denominazione, senza rispettare al contempo il disciplinare del «Parmigiano Reggiano». Tuttavia il convenuto è riuscito solamente a reperire tre prodotti raffigurati negli allegati B 1, B 2 e A 18, senza che fosse evidente quando e dove questi prodotti siano stati messi in commercio. L'attore contesta, a ragione, tale circostanza.

bb. Dagli altri prodotti caseari ai quali fa riferimento il convenuto non era possibile trarre delle deduzioni in merito al carattere generico della denominazione «Parmesan», già solo per il fatto che sono stati messi in commercio utilizzando altre denominazioni. In effetti tali denominazioni iniziano sempre con la sequenza di lettere «Parm», ma poi si differenziano. In merito alla questione da risolvere, da questi esempi si può semplicemente dedurre che i produttori di nuovi prodotti a base di formaggio grattugiato a pasta dura, che non sia «Parmigiano Reggiano», non utilizzano evidentemente la denominazione «Parmesan», ma dei neologismi propri. Tale

circostanza supporta tuttavia più l'ipotesi che i produttori in questione non ritengano che «Parmesan» sia una denominazione generica liberamente utilizzabile, altrimenti non si capirebbe per quale motivo non utilizzino questo nome già conosciuto.

cc. Anche gli altri indizi sui quali si basa il convenuto non sono parimenti convincenti. Se nel 1999 i gruppi economici interessati si sono accordati, in Italia, e hanno deciso di non utilizzare più la denominazione Parmesan al fine di incrementare la «trasparenza e la chiarezza nell'utilizzo concreto delle denominazioni d'origine protette», ciò non significa che si considerasse «Parmesan» una denominazione generica per il formaggio a pasta dura di qualsiasi genere. La sezione non comprende l'importanza del parere di un'associazione commerciale italiana, datato 23 marzo 1995, atto a rilevare l'opinione dei consumatori in Italia. Il tribunale non ha inoltre potuto prendere atto delle altre sentenze di tribunali italiani prodotte dal convenuto, in quanto, contrariamente a quanto previsto all'art. 184 della legge sull'ordinamento giudiziario, non ha allegato alcuna traduzione in lingua tedesca. Non ci si è potuti basare sugli estratti del registro delle imprese prodotti e relativi ad aziende italiane, in quanto da essi non risulta che tali aziende producano effettivamente del formaggio, denominato Parmesan, al di fuori della zona d'origine ovvero commercializzino un simile formaggio.

dd. Gli ulteriori rimandi del convenuto al supposto contenuto di atti giuridici che non sono entrati in vigore o di accordi internazionali non pubblicati erano parimenti privi di alcuna rilevanza, così come le cifre comunicate e relative al commercio tedesco con l'estero in merito all'importazione e all'esportazione di formaggio, in quanto da tali cifre non si possono desumere i quantitativi, se esistenti, riportanti la denominazione Parmesan oggetto della causa.

ee. A un livello puramente effettivo, anche il comportamento della grande maggioranza dei Governi nelle cause n. C-66/00 e n. C-132/05 della Corte di giustizia delle Comunità europee contrasta con l'ipotesi che i consumatori europei reputino «Parmesan» una denominazione generica alla quale non si può più attribuire alcuna funzione di indicazione d'origine. Ci si sarebbe potuti aspettare che la maggior parte dei Governi, per proteggere i propri produttori, si opponesse con dei pareri all'opinione sostenuta dalla Commissione che «Parmesan» non sia un concetto generico, ma ciò non è avvenuto.

ff. La sezione ha reputato inammissibili le fotocopie delle enciclopedie del XIX secolo presentate in occasione dell'udienza del 25 marzo 2008. Anche se i dati riportati negli articoli presentati dovessero rivelarsi corretti, per la situazione odierna sostanziale nell'Unione europea sarebbe palesemente irrilevante in quali città italiane si producesse il formaggio Parmesan più di cento anni fa.

Anche l'opuscolo presentato dal convenuto «A tavola con il re dei formaggi» era solo scarsamente indicativo. Da un lato da esso non si può desumere che l'attore stesso abbia sostenuto fino al 1996 che Parmesan sia una denominazione generica. Nell'introduzione si trova solamente la nota che Parmesan non è protetto. Ciò valeva comunque senz'altro alla data di prima pubblicazione dell'opuscolo, nel 1981, in riferimento al territorio dell'Unione europea, dato che le denominazioni d'origine e le indicazioni geografiche hanno ottenuto protezione per la prima volta solo oltre 10 anni dopo con il regolamento (Ce) n. 2081/92. La registrazione di «Parmigiano Reggiano» come nome protetto è avvenuta nel 1996.

La Corte di giustizia delle Comunità europee, nella sentenza in merito alle cause n. C-465/02 e n. C-466/02 del 25 ottobre 2005, nel punto 98 in riferimento a una considerazione della Commissione UE del 1985, osserva: «Al riguardo si deve tuttavia sottolineare che a quel tempo non esisteva ancora alcuna protezione comunitaria delle denominazioni d'origine e delle indicazioni geografiche, che è stata introdotta solo con il regolamento di base». In questo modo era chiaro che per la questione se siano date le condizioni di cui all'art. 3 par. 1 del regolamento (Ce) n. 510/2006, sia determinante la situazione nella Comunità dopo l'entrata in vigore del regolamento di base.

gg. In riferimento alla valutazione complessiva da effettuare a partire dal 1992 mancava tuttavia complessivamente una notevole allegazione del convenuto. Si doveva considerare che anche nel diritto nazionale sono stabiliti dei severi requisiti già per la trasformazione in denominazione generica di semplici indicazioni geografiche d'origine ai sensi dell'art. 126 par. 1 della legge sui marchi. Tale trasformazione avviene solamente se una parte assolutamente trascurabile del commercio vede nell'indicazione un riferimento all'origine geografica della merce o del servizio (cfr. Corte federale di giustizia, *GRUR* 1989, 440 – *Dresdner Stollen*; Corte federale di giustizia, *GRUR* 2001, 420, 421 – *SPA*).

hh. In considerazione di tutto ciò non c'era bisogno di affrontare le accuse mosse dal convenuto nei confronti dell'attore secondo le quali egli tenta di riposizionare una denominazione generica. Per la sentenza relativa alla vertenza non erano determinanti l'intenzione o le opinioni dell'attore, quanto invece l'opinione commerciale prevalente all'interno dell'Unione europea. Il convenuto non è stato tuttavia in grado di dimostrare a sufficienza che tale opinione sia indirizzata nel senso da lui inteso.

6. Unitamente alla denominazione «Parmesan», anche l'espressione in italiano «Parmigiano», in quanto parte autentica della denominazione d'origine protetta, era da intendersi comunque come evocazione nel senso sopraccitato. Il convenuto utilizza tale denominazione sul proprio sito *internet* per i prodotti caseari oggetto della causa.

(*Omissis*)

IL CASO *PARMESAN* VISTO DA UN TRIBUNALE TEDESCO

Osservazioni in margine alla sentenza del Tribunale di Berlino sulla denominazione «Parmesan»

Sommario: *Premessa* - **1.** *I fatti all'origine della controversia* - **2.** *L'art. 13, par. 1, primo comma, lett. b. del Regolamento (Ce) n. 510/2006 e la portata del termine «e-vocazione»* - **3.** *Sul preteso carattere generico della denominazione «Parmesan»* - **4.** *Conclusione.*

Premessa

La sentenza oggetto del presente commento¹ deve essere letta tenendo presente la sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 26 febbraio 2008 in causa n. C-132/05². In questa sentenza la Corte di giustizia ha affermato che l'utilizzazione del termine «Parmesan» per formaggi non conformi al disciplinare della denominazione d'origine protetta (DOP) «Parmigiano Reggiano» doveva essere considerata lesiva della tutela accordata a questa denominazione d'origine dalla normativa comunitaria, non avendo la Repubblica federale di Germania (convenuta nel procedimento in questione) dimostrato che il termine «Parmesan» rivestiva carattere generico. Ma la stessa Corte, richiamandosi ad una sua precedente sentenza³, ha indebolito la portata di quest'affermazione, precisando che le questioni relative al carattere generico o meno dei singoli elementi di una denominazione protetta, «rientrano nella competenza del giudice nazionale, che le risolverà in base ad un'analisi approfondita del contesto fattuale quale ricostruito ed illustrato dagli interessati»⁴.

¹ Tribunale regionale di Berlino (*Landgericht*), sentenza del 22 aprile 2008, *supra*, p. 359 ss.

² Cfr. *supra*, p. 317 ss. con il mio commento, p. 323 ss.

³ Sentenza del 9 giugno 1998 in causa n. C-129/97, *Chiciak e Fol*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3315.

⁴ Sentenza del 26 febbraio 2008, *loc. cit.*, punto 30. Si tratta di una tesi potenzialmente contraria all'uniformità di applicazione della normativa comunitaria in sede d'interpretazione del regolamento (Ce) n. 510/2006.

Appena due mesi dopo la citata sentenza della Corte di giustizia il Tribunale di Berlino (sezione commerciale) ha emesso la sentenza oggetto del presente commento. La lettura di questa sentenza conferma i dubbi da me espressi sulle conseguenze eventuali della citata sentenza della Corte di giustizia, anche se le conclusioni del Tribunale di Berlino sono favorevoli alla tutela della DOP «Parmigiano Reggiano»⁵.

1. I fatti all'origine della controversia

La *Allgäuland-Käsereien GmbH* commercializza, tra l'altro, formaggi a pasta dura in pezzi o grattugiati sotto le denominazioni «Parmesan» e «Bio-Parmesan». Essa utilizza anche la denominazione «Parmigiano» sul proprio sito *internet* per gli stessi prodotti.

Il *Consorzio del Formaggio Parmigiano Reggiano* ha adito il Tribunale regionale di Berlino (nel cui distretto, oltre che in altre regioni tedesche, sono commercializzati i prodotti di cui trattasi), chiedendo di condannare la ditta citata ad astenersi dal produrre, pubblicizzare, mettere in vendita o immettere sul mercato un formaggio con una della denominazioni sopra richiamate, se questo prodotto non corrisponde al disciplinare del formaggio «Parmigiano Reggiano» ai sensi del regolamento (Ce) n. 510/2006⁶.

A sostegno della sua azione il *Consorzio* ha invocato la tutela garantita alla DOP «Parmigiano Reggiano» dal regolamento citato e segnatamente dal suo art. 13. Il *Consorzio* ha anche evocato il procedimento iniziato dinanzi alla Corte di giustizia con un ricorso della Commissione europea contro la Repubblica federale di Germania e conclusosi con la citata sentenza del 26 febbraio 2008. In proposito, il *Consorzio* ha fatto notare che all'origine di questo procedimento si trovava una sua denuncia presentata alla Commissione europea nel 2003 e relativa proprio ad un prodotto commercializzato dalla convenuta sotto la denominazione «Parmesan».

Nel contestare gli argomenti del *Consorzio*, la ditta convenuta ha sostenuto che con la citata sentenza della Corte di giustizia non è stato escluso in modo definitivo che la denominazione «Parmesan» è una denominazione generica. La convenuta è libera di dimostrare il carattere generico della denominazione predetta e, quindi, l'ammissibilità del suo utilizzo senza che ciò costi-

⁵ Contrariamente a quanto affermano D. CORTASSA - G. ALLEGROCCI, *Italian-style Parmesan? No, Parmigiano Reggiano*, in *Alimenta*, n. 4/08, p. 79 ss.), la sentenza del Tribunale di Berlino non contraddice, ma segue punto per punto il ragionamento contenuto nella citata sentenza della Corte di giustizia.

⁶ Inoltre, il *Consorzio* ha chiesto di accertare il suo diritto al risarcimento dei danni subiti o che insorgeranno in futuro per gli atti descritti e, a tal fine, di condannare la convenuta ad informarlo in merito ai fatturati ottenuti con i prodotti di cui sopra, nonché in merito al volume e al tipo di pubblicità effettuate.

tuisca una violazione della tutela accordata alla DOP «Parmigiano Reggiano»⁷.

2. L'art. 13, par. 1, primo comma, lett. b. del regolamento (Ce) n. 510/2006 e la portata del termine «evocazione»

Non sono rilevanti, ai fini del presente commento, gli argomenti avanzati dalle parti a sostegno delle loro richieste⁸. Basterà sottolineare che tali richieste sono state respinte dal Tribunale essenzialmente sulla base di disposizioni di diritto interno⁹. Mi limiterò, quindi, ad esaminare i punti della motivazione della sua sentenza che riguardano, da un lato, l'interpretazione dell'art. 13, par. 1, primo comma, lett. b. del regolamento (Ce) n. 510/2006 e, dall'altro, il preteso carattere generico della denominazione «Parmesan».

Dopo aver evocato la «protezione straordinariamente ampia» di cui godono le DOP in virtù dell'art. 13, par. 1, primo comma, del regolamento (Ce) n. 510/2006, il Tribunale concentra la sua attenzione sulla lett. b. di questo comma e segnatamente sulla portata del termine «evocazione». Esso cita, in proposito, la sentenza della Corte di giustizia del 4 marzo 1999 in causa n. C-87/97¹⁰, secondo la quale l'uso di una denominazione come «Cambozola» può essere considerata, ai sensi dell'art. 13, par. 1, primo comma, lett. b. del regolamento (Cee) n. 2081/92¹¹, un'evocazione della DOP «Gorgonzola», senza che l'indicazione della vera origine del prodotto sull'imballaggio sia atta a modificare tale qualificazione. Secondo la Corte di giustizia può esservi l'evocazione di una DOP anche in mancanza di qualunque rischio di confusione tra i prodotti in causa e «pur non applicandosi nessuna tutela comunitaria agli elementi della denominazione di riferimento che riprende la terminologia controversa»¹².

Riferendosi poi alla citata sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2008, il Tribunale afferma che l'uso della denominazione «Parmesan»

⁷ La convenuta ha anche preteso che l'attore o i suoi soci fossero a conoscenza fin dal 1987 che essa utilizzava la denominazione «Parmesan» e che, malgrado ciò, non avevano reagito. Secondo la convenuta, l'azione attuale, iniziata tardivamente, sarebbe abusiva in quanto il comportamento dell'attore implicherebbe la decadenza del suo supposto diritto ad agire. La convenuta ha infine sollevato l'eccezione di prescrizione dei diritti dell'attore.

⁸ *Cit. supra*, note 6 e 7.

⁹ Legge sui marchi (*Markengesetz*) e legge federale contro la concorrenza sleale (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*). Sono le stesse leggi a cui il Tribunale ricorre per statuire sulla sua competenza a decidere nella fattispecie e sulla legittimazione ad agire del *Consorzio*.

¹⁰ In *Raccolta*, 1999, I, p. 1301 ss. e in questa *Rivista*, 1999, p. 259 ss. con commento di F. CAPELLI, *La Corte di giustizia tra «Feta» e «Cambozola»*, p. 273 ss.

¹¹ Cfr. ora, l'art. 13, par. 1, primo comma, lett. b. del regolamento (Ce) n. 510/2006.

¹² Si vedano soprattutto i punti 25 a 29 della citata sentenza del 4 marzo 1999.

dev'essere considerato un'evocazione della DOP «Parmigiano Reggiano». Determinanti, in proposito, sono la «similitudine a livello visivo e sonoro» fra le denominazioni, il fatto che i prodotti in questione sono formaggi a pasta dura grattugiato o da grattugiare (fra i quali il consumatore non è senz'altro in grado di percepire la differenza) e il «collegamento mentale» a cui è indotto il consumatore (come dimostra la confezione scelta per il prodotto denominato «Parmesan») con il formaggio prodotto in Italia e recante la DOP.

3. Sul preteso carattere generico della denominazione «Parmesan»

La maniera in cui il Tribunale affronta il tema del preteso carattere generico della denominazione «Parmesan» conferma il rischio insito nella motivazione della citata sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2008. Il Tribunale, infatti, ammette che, in base a questa sentenza, non si può impedire alla ditta convenuta di dimostrare che «Parmesan» sia una denominazione generica. Secondo il Tribunale, tenuto conto del carattere eccezionale della disposizione di cui all'art. 13, par. 1, secondo comma, del regolamento (Ce) n. 510/2006¹³, incombe alla ditta convenuta l'onere di provare che la denominazione «Parmesan» sia effettivamente diventata generica.

Nel par. 5, punto *a.*, della motivazione della sentenza, il Tribunale, nell'enumerare i criteri per comprovare l'esistenza di una denominazione generica, ricalca sostanzialmente la sentenza, più volte citata, della Corte di giustizia relativa alla causa n. C-132/05. Esso constata quindi che la ditta convenuta non ha prodotto «tesi sufficientemente motivate» in merito ai criteri suddetti. Al contrario, secondo il Tribunale, gli esempi forniti dalla ditta convenuta inducono «piuttosto a trarre la conclusione opposta» all'ipotesi che essa sostiene (sentenza in esame, punto *f.*, lett. *aa.* e seguenti).

Per il Tribunale, determinante è «l'opinione commerciale prevalente all'interno dell'Unione europea» (lett. *hh.*). Tuttavia, prende in considerazione anche il diritto nazionale tedesco (lett. *gg.*), secondo il quale la trasformazione in denominazioni generiche di indicazioni geografiche avviene solamente «se una parte assolutamente trascurabile» degli interessati (produttori, commercianti e consumatori) vede nell'indicazione un riferimento all'origine geografica (art. 126, par. 2, della legge sui marchi, così come interpretato dalla Corte di cassazione tedesca)¹⁴.

¹³ Il testo di questa disposizione è il seguente: «Se una denominazione registrata contiene il nome di un prodotto agricolo o alimentare che è considerato generico, l'uso di questo nome generico sui corrispondenti prodotti agricoli o alimentari non è considerato contrario al primo comma, lett. *a.* o *b.*».

¹⁴ Cfr. ALTHAMMER - STRÖBELE - KLAKA, *Markengesetz*, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag KG, 1997, § 126, note 37 ss.

4. Conclusione

Non per caso, tra i motivi di rigetto della tesi della genericità della denominazione «Parmesan» il Tribunale cita anche l'art. 126, par. 2, della legge tedesca sui marchi (*Markengesetz*). Infatti, l'esecuzione del regolamento (Cee) n. 2081/92 e, ora, del regolamento (Ce) n. 510/2006 è stata collocata dal legislatore tedesco nell'ambito della legge citata (articoli da 130 a 136).

Il collegamento, che viene in tal modo instaurato, tra i marchi e le denominazioni d'origine è potenzialmente fonte di confusione. Infatti, nel caso dei marchi, la disciplina giuridica concerne determinati segni distintivi prescelti dai privati come strumento di differenziazione dei propri prodotti nella lotta concorrenziale.

Tale disciplina, pertanto, mira a tutelare essenzialmente le imprese e i marchi di cui esse sono titolari.

Viceversa, nel caso delle denominazioni d'origine, lo scopo della normativa è principalmente quello di proteggere il nome del prodotto e, di conseguenza, i consumatori che lo acquistano: le denominazioni d'origine, infatti, non appartengono alle singole imprese che le utilizzano¹⁵. Nel primo caso la tutela giuridica è privatistica, nel secondo invece, essa è innanzitutto pubblicistica, con una duplice conseguenza: *a.* l'uso illegale della denominazione deve essere represso anche indipendentemente della ricorrenza nella fattispecie di un atto di concorrenza sleale; *b.* la registrazione di una denominazione come DOP è destinata ad eliminare i dubbi, che sussistono nella disciplina della concorrenza sleale, sulla persistenza nella denominazione del suo carattere originario o sulla sua "volgarizzazione" come denominazione generica¹⁶.

La strada scelta dal legislatore tedesco, ignorando questa distinzione, porta inevitabilmente a "snaturare" la normativa che tutela le denominazioni d'origine. La "privatizzazione" di questa normativa, inoltre, rischia di metterne in pericolo l'uniformità di applicazione.

Sergio Ventura*

¹⁵ Nessuna impresa può, ad esempio, acquistare, vendere o sopprimere la denominazione di origine che essa utilizza o intende utilizzare, come invece essa può fare con i marchi di cui è titolare.

¹⁶ Cfr. T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 527 ss.

* Già Direttore alla Commissione europea.

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

L'AZIONE COMUNITARIA IN MATERIA DI LOTTA AL TRAFFICO ILLECITO DI STUPEFACENTI

Strategia dell'Unione europea in materia di droga (2005-2012)*

Prefazione

1. Il 17-18 giugno 2004 il Consiglio europeo ha invitato il Consiglio ad approvare entro dicembre 2004 delle proposte per una nuova strategia dell'Unione europea in materia di droga per il periodo 2005-2012. Il quadro e le priorità stabiliti dalla nuova strategia dovranno costituire la base di due piani d'azione quadriennali dell'UE in materia di droga consecutivi.

2. La nuova strategia in materia di droga si basa innanzi tutto sui principi fondamentali del diritto dell'Unione europea e riafferma, sotto tutti gli aspetti, i valori su cui è costruita l'Unione: rispetto della dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, solidarietà, stato di diritto e diritti umani. Essa si prefigge di tutelare e rafforzare il benessere della società e dell'individuo, salvaguardare la salute pubblica, offrire un elevato livello di sicurezza per la popolazione e adottare un approccio equilibrato e integrato nei confronti del problema della droga.

3. La strategia si basa altresì sulle convenzioni delle Nazioni Unite in materia (Convenzione unica delle Nazioni Unite sugli stupefacenti del 1961, modificata dal protocollo del 1972, Convenzione sulle sostanze psicotrope del 1971 e Convenzione contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope del 1988), che rap-

* Doc. 15074/1/04 del Consiglio dell'Unione europea del 18 aprile 2005. Il testo integrale del documento sopra riportato è reperibile sul sito *internet* <http://www.consilium.europa.eu> (*n.d.r.*). In argomento v. *infra*, p. 379 ss., il contributo di ANNA AMENDOLA. Considerato che non tutti gli Stati membri dell'Unione europea – tra i quali l'Italia – hanno dato attuazione alla decisione quadro n. 2004/757/GAI, si è ritenuto di pubblicare il documento in epigrafe che ne sollecita l'attuazione da parte degli Stati inadempienti (*n.d.r.*).

presentano strumenti giuridici fondamentali in materia di droga. Inoltre, la sessione straordinaria dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite sugli stupefacenti, tenutasi nel 1998, ha confermato l'importanza di un approccio integrato ed equilibrato, in cui la riduzione dell'offerta e la riduzione della domanda sono elementi sinergici delle politiche antidroga.

4. La strategia è stata elaborata nel quadro dell'attuale contesto giuridico dei trattati UE e CE in base alle competenze dell'Unione, della Comunità e degli Stati membri, nel rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà. Essa tiene altresì conto della futura Costituzione dell'Unione europea.

Il problema della droga è vissuto in primo luogo a livello locale e nazionale, ma rappresenta una sfida complessiva che deve essere affrontata in una situazione transnazionale. A tale riguardo, l'azione condotta dall'UE svolge un ruolo importante. A livello generale, gli sforzi dell'UE sono diretti a creare un coordinamento tra tutti i soggetti interessati. Nel settore della salute pubblica, l'azione comunitaria va a completare quella degli Stati membri volta a ridurre i danni alla salute umana derivanti dall'uso di stupefacenti, anche attraverso l'informazione e la prevenzione. Per quanto riguarda i precursori chimici, che possono essere utilizzati per la fabbricazione di sostanze illecite, la legislazione comunitaria fornisce un quadro normativo per il controllo del commercio dei precursori all'interno della Comunità e tra la Comunità e i Paesi terzi. Quanto al riciclaggio di denaro, la legislazione comunitaria prevede una serie di misure atte a prevenire anche il riciclaggio dei proventi del traffico di stupefacenti. Nel settore della giustizia e degli affari interni, la cooperazione tra forze di polizia, autorità doganali e organi giudiziari è un elemento essenziale di prevenzione e di lotta al traffico di droga. In tale contesto, l'adozione della decisione quadro sul traffico di stupefacenti è un'iniziativa importante che stabilisce norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti. Infine, nel campo delle relazioni esterne, l'UE è attiva a livello internazionale con una serie di iniziative politiche, come i piani d'azione e il dialogo in materia di droga con varie regioni del mondo, e l'assistenza fornita attraverso i programmi di sviluppo.

5. La strategia dell'Unione europea si prefigge di apportare un valore aggiunto alle strategie nazionali, rispettando nel contempo i principi di sussidiarietà e proporzionalità stabiliti nei trattati. In essa viene sottolineato che gli Stati membri dovrebbero considerare quale impatto possano avere le loro strategie nazionali sugli altri Stati membri, in che modo dette strategie nazionali possano sostenersi a vicenda e infine quale contributo esse siano in grado di fornire al raggiungimento degli obiettivi della strategia stessa. La strategia è inoltre intesa a dare spazio alle dinamiche e alle potenzialità locali, regionali, nazionali e transnazionali e a fare un uso ottimale delle risorse disponibili. Tiene altresì conto dei vincoli di ordine organizzativo e finanziario che gravano sugli Stati membri e sulle istituzioni dell'UE.

6. Infine, la nuova strategia dell'UE in materia di droga si fonda sulla precedente strategia 2000-2004 e sul piano d'azione 2000-2004; essa tiene conto anche della valutazione intermedia del piano d'azione, della risposta che il Consiglio ha dato a tale valutazione e dei risultati della valutazione finale.

1. Introduzione

7. Il problema della droga può essere considerato sotto vari punti di vista, da quello politico a quello sanitario, da quello della ricerca a quello della pratica quotidiana di settore e di cooperazione operativa contro il narcotraffico. In definitiva, la legislazione e le politiche attraverso cui prenderà forma tale approccio devono tenere conto di tutti questi aspetti e riunirli in proposte coerenti e logiche.

8. La situazione attuale dell'UE in materia di droga è descritta nella relazione annuale dell'Osservatorio europeo delle droghe e delle tossicodipendenze (OEDT) e nella relazione annuale dell'Europol. Le modalità di consumo delle droghe sono sempre state diverse nei venticinque Stati membri, soprattutto rispetto alle proporzioni; sono però sorti problemi nuovi in alcuni settori e non si evince dai dati sul consumo alcuna diminuzione significativa nell'uso delle droghe. Tuttavia, l'incidenza dei danni alla salute e della mortalità legata alla droga si è stabilizzata e addirittura ridotta. Sono state potenziate le misure per il trattamento dei tossicodipendenti e si sono diversificati i servizi. Per quanto concerne la riduzione dell'offerta si può concludere che, a dispetto degli sforzi notevoli e spesso coronati da successo, sia a livello nazionale che a livello UE, il traffico di stupefacenti resta uno dei commerci più redditizi per i gruppi della criminalità organizzata nell'UE. Questi fatti sottolineano la necessità di intervenire attivamente nel campo delle droghe nei prossimi anni.

9. I risultati della valutazione finale della strategia e del piano d'azione dell'UE in materia di droga 2000-2004 indicano che sono stati compiuti dei passi in avanti nel raggiungimento di alcuni obiettivi dell'attuale strategia. Inoltre, molte iniziative esposte nel piano d'azione attuale sono già state realizzate o sono in fase di realizzazione. Tuttavia, i dati disponibili non suggeriscono alcuna riduzione significativa nei livelli di consumo degli stupefacenti né in quelli della disponibilità di droga.

I risultati della valutazione finale portano inoltre alle seguenti conclusioni:

- occorre fissare obiettivi e priorità chiari e precisi che possano essere tradotti in indicatori operativi ed in azioni concrete nei futuri piani d'azione, definendo chiaramente responsabilità e scadenze per la loro attuazione;
- occorre realizzare continui progressi nella disponibilità, qualità e comparabilità dell'informazione sull'andamento della situazione in materia di droga;
- gli obiettivi della nuova strategia e dei nuovi piani d'azione in materia di droga dovrebbero essere riflessi nel programma pluriennale di consolidamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia;
- l'obiettivo primario dei lavori del Gruppo orizzontale «Droga» del Consiglio dovrebbe essere quello di far progredire e monitorare l'attuazione degli interventi previsti dai futuri piani d'azione dell'UE in materia di droga, nonché quello di svolgere un ruolo guida nel coordinamento dei lavori degli altri gruppi del Consiglio operanti nel settore della droga.

10. Considerati i trattati, gli altri documenti programmatici europei in materia e l'esperienza dell'ultimo decennio, il Consiglio identifica, per quanto riguarda la droga, due obiettivi generali che si possono sintetizzare come segue:

- l'UE mira a contribuire al conseguimento di un elevato livello di tutela della salute, di benessere e di coesione sociale integrando l'azione degli Stati membri destinata a prevenire e ridurre l'uso di droga, la tossicodipendenza e i danni alla salute e

alla società connessi al consumo di sostanze stupefacenti;

- l'UE e i suoi Stati membri intendono assicurare un elevato livello di sicurezza per la popolazione intraprendendo azioni tese a contrastare la produzione e i traffici transfrontalieri di droga e lo sviamento dei precursori, nonché intensificando l'attività di prevenzione dei reati connessi alla droga, per mezzo di forme di collaborazione efficaci nel quadro di un approccio comune.

Nel perseguire gli obiettivi sopra esposti l'UE riconosce la sua parte di responsabilità nel panorama mondiale della droga, sia riguardo al consumo di stupefacenti e di sostanze psicotrope originari di paesi terzi sia riguardo alla produzione e all'esportazione, in particolare, di droghe sintetiche; essa è determinata ad affrontare tali questioni.

11. L'attuale approccio integrato, multidisciplinare ed equilibrato, che consiste nel combinare la riduzione della domanda con la riduzione dell'offerta, continuerà a costituire la base dell'approccio dell'Unione al problema della droga. Tale approccio richiede cooperazione e coordinamento. Data l'orizzontalità del problema, tali elementi andranno ulteriormente sviluppati, oltre che in numerosi settori, tra cui l'assistenza sociale, la sanità, l'istruzione e la giustizia e affari interni, anche nel campo delle relazioni con i Paesi terzi e nei consessi internazionali competenti in materia. Inoltre, un approccio equilibrato al problema della droga non può prescindere da un'adeguata consultazione di una vasta gamma di istituzioni scientifiche, professionisti del settore, ONG rappresentative ed esponenti della società civile e delle comunità locali.

12. La strategia dell'UE in materia di droga per il 2005-2012 sottolinea l'importanza di potenziare l'uso degli strumenti esistenti, ma mette anche in risalto la volontà dell'UE di svilupparne di nuovi per affrontare le sfide che potrebbero presentarsi in fase di attuazione.

La strategia propone esplicitamente un approccio "tematico" o "regionale" che può rivelarsi opportuno in taluni casi. Ciò significa che gli Stati membri confrontati ad una problematica comune possono valutare la possibilità di una cooperazione (operativa) rafforzata per affrontarla in maniera efficiente ed efficace. Altri Stati membri, che possono non avere gli stessi problemi, sono liberi di decidere se partecipare o no ad iniziative di questo tipo. Il Consiglio, per il tramite del Gruppo orizzontale «Droga», sarà informato degli sviluppi più significativi di tali iniziative.

13. La strategia si concentra su due politiche principali, la riduzione della domanda e la riduzione dell'offerta, e su due tematiche trasversali: cooperazione internazionale e ricerca, informazione e valutazione. Per facilitare l'attuazione pratica della strategia, verranno redatti due piani d'azione in materia di droga consecutivi basati su questa strategia, in cui saranno descritti interventi ed azioni specifici. La Commissione, consultati l'OEDT e l'Europol, s'impegna a presentare all'inizio del 2005 una proposta di piano d'azione in materia di droga 2005-2008, sul quale sarà consultato il Parlamento europeo e che il Consiglio dovrà approvare. Si procederà inoltre ad un'adeguata consultazione di una vasta gamma di esperti, professionisti e rappresentanti della società civile.

La Commissione elaborerà annualmente una valutazione dei progressi fatti nella realizzazione delle azioni contenute nel piano d'azione, che verrà poi sottoposta all'attenzione del Consiglio. Nel 2008 essa elaborerà una valutazione d'impatto nell'ottica di proporre un secondo piano d'azione per il periodo 2009-2012, sul quale dovrà essere consultato il Parlamento europeo e che il Consiglio dovrà approvare. Lo stes-

so procedimento verrà adottato nel periodo 2009-2012 finché, nel 2012, la Commissione produrrà una valutazione globale della strategia e dei piani d'azione che sarà presentata al Consiglio ed al Parlamento europeo.

Entrambi i piani d'azione conterranno una griglia in cui si collocheranno le azioni proposte e il relativo calendario. In funzione della valutazione annuale dei progressi, detta griglia potrà essere modificata ove il panorama della droga nell'UE subisse cambiamenti significativi nel periodo di attuazione dei piani.

14. Tenuto debito conto dell'attuale situazione in materia di droga in ciascuno dei venticinque Stati membri e delle relative differenze riscontrabili a livello di regioni, Stati membri e gruppi di Stati membri, si procederà alla scelta degli interventi da includere nei piani d'azione in base a cinque criteri:

1. Le azioni a livello UE devono offrire un inequivocabile valore aggiunto ed i loro risultati devono essere quantificabili e realistici. I risultati da conseguire andrebbero stabiliti in anticipo.

2. I piani d'azione devono menzionare esplicitamente i tempi entro cui attuare le azioni (preferibilmente entro il periodo di validità del piano d'azione) nonché le persone responsabili della loro attuazione e delle relative relazioni sullo stato di avanzamento degli stessi.

3. Le attività devono contribuire direttamente al conseguimento di almeno uno degli obiettivi o di almeno una delle priorità stabiliti nella strategia.

4. Gli interventi devono essere efficaci rispetto ai costi.

5. In ogni settore il numero di interventi o attività deve essere limitato.

15. Le iniziative intraprese nel settore della riduzione della domanda e in quello della riduzione dell'offerta potrebbero avere ripercussioni reciproche. Si chiede alla Commissione di tenerne conto nello sviluppo di dette iniziative nell'uno o nell'altro settore, ad esempio privilegiando la ricerca e gli scambi di buone pratiche che su detti legami si focalizzano. In relazione a tale aspetto, la Commissione e il Consiglio si avvarranno costantemente delle conoscenze e dell'esperienza disponibili in seno alle organizzazioni specializzate, sia all'interno dell'UE (OEDT, Europol, Eurojust e Rete europea di prevenzione della criminalità) che al suo esterno (Consiglio d'Europa e UNODC). La Commissione, il Consiglio e il Parlamento europeo saranno parimenti incoraggiati ad assicurare un chiaro coordinamento tra le rispettive attività in materia di droga. In seno al Consiglio sarà il Gruppo orizzontale «Droga» a svolgere un ruolo chiave in questo senso.

16. Entro il 2012 dovrebbero essere stati compiuti dei progressi in relazione a tutte le priorità dei vari settori definiti nella strategia. Ciò sarà possibile tramite interventi ed azioni a livello di singoli Stati membri, di gruppi di Stati membri o di Unione europea nel suo insieme, nonché cooperando con i Paesi terzi e con le organizzazioni internazionali quali il Consiglio d'Europa e le Nazioni Unite. La valutazione della strategia e dei piani d'azione in materia di droga sarà condotta dalla Commissione, in collaborazione con l'OEDT, l'Europol e gli Stati membri.

(Omissis)

LA LOTTA AL TRAFFICO ILLECITO DI STUPEFACENTI ATTRAVERSO L'ARMONIZZAZIONE DELLE NORME PENALI DEGLI STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA

Sommario: *Premessa - 1. Dimensione transnazionale del traffico illecito di stupefacenti - 2. La lotta al traffico illecito di stupefacenti attraverso l'armonizzazione delle legislazioni penali nazionali - 3. Analisi del contenuto della decisione quadro n. 2004/757/GAI- 4. Segue: Confronto con la normativa italiana in materia di stupefacenti contenuta nel dpr n. 309/1990 come modificato dalla l. n. 49/2006 - 5. I limiti della decisione quadro n. 2004/757/GAI e l'ambito di applicazione del principio dell'interpretazione conforme - 6. Le innovazioni nel Trattato di Lisbona.*

Premessa

Per contrastare fenomeni criminali di dimensione transnazionale, come il traffico illecito di stupefacenti, l'Unione europea negli ultimi anni si è impegnata in un'intensa attività riguardante la politica in materia criminale, destinata, almeno nelle intenzioni, a modificare interi settori del diritto penale nazionale degli Stati membri.

Tra le tante iniziative, adottate in tale ambito, si annovera anche l'adozione della decisione quadro n. 2004/757/GAI del Consiglio, del 25 ottobre 2004, riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti.

Se tale decisione quadro porterà alla creazione di un vero e proprio *corpus* normativo europeo in materia di stupefacenti si saprà solo in futuro, come effetto della volontà dei ventisette Stati membri di procedere ad una completa trasposizione nel diritto penale nazionale dei parametri europei. Infatti, la completa armonizzazione delle normative nazionali in materia di stupefacenti è subordinata alla volontà dei singoli Stati, considerato che gli atti del Terzo Pilastro sono sprovvisti del carattere della diretta applicabilità. Inoltre, nonostante gli avvicinamenti fra i Pilastri, non sempre i principi elaborati dalla Corte di giustizia per il diritto comunitario, come il principio dell'interpretazione conforme, si possono estendere agli atti adottati nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

1. Dimensione transnazionale del traffico illecito di stupefacenti

Da tempo si sta assistendo ad una progressiva espansione del carattere transnazionale¹ della criminalità organizzata, la quale, sfruttando la rapidità delle comunicazioni, le innovazioni tecnologiche e l'abbattimento delle frontiere nazionali tende sempre più spesso a scavalcare i confini nazionali, operando in differenti Paesi con altre organizzazioni criminali².

Il traffico illecito di sostanze stupefacenti costituisce uno di quei settori in cui oggi la dimensione transnazionale assunta dalla criminalità organizzata appare particolarmente evidente, considerato che le sostanze oggetto del traffico richiedono solitamente il trasferimento attraverso il territorio di più Paesi³. Ciò ha determinato il sorgere di alleanze operative sempre più strette fra i gruppi criminali dei diversi Paesi che dalla loro collaborazione hanno tratto notevoli vantaggi⁴.

La necessità di ostacolare l'attività delle organizzazioni criminali che gestiscono il mercato illecito di stupefacenti ha indotto gli Stati della Comunità

¹ La dimensione transnazionale della criminalità organizzata non va confusa con le caratteristiche dei crimini internazionali. Infatti, la locuzione «crimine internazionale» indica, com'è noto, una eterogenea categoria di reati che per le finalità, per le modalità esecutive, per le qualità dei soggetti passivi ledono o pongono in pericolo beni ed interessi di rilevanza internazionale. Si tratta di una categoria di origine dottrinale e convenzionale, che comprende al suo interno i crimini di guerra, i crimini contro la pace ed i crimini contro l'umanità e che ha trovato la sua più moderna definizione all'art. 5 dello Statuto della Corte penale internazionale. La categoria dei reati transnazionali costituisce, invece, una categoria dogmatica che ha ricevuto il suo primo riconoscimento all'art. 1 della Convenzione dell'ONU di Palermo del 2000 (ratificata dall'Italia con la l. n. 146/2006) e che ricomprende al suo interno non solo i reati commessi in più Stati ma anche quei reati, commessi materialmente in un unico Stato, ma i cui effetti giuridici possono estrinsecarsi in altri Stati. Per maggiori approfondimenti si veda A. PECCIOLI, *Unione europea e criminalità transnazionale*, Torino, Giappichelli, 2005; A. ASTROLOGO, *Prime riflessioni sulla definizione di reato transnazionale nella legge n. 146/2006*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1789 ss.

² Vedi A. LAUDATI, *I delitti transnazionali. Nuovi modelli di incriminazione e di procedimento all'interno dell'Unione europea*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 401 ss., il quale sostiene che in un mercato globalizzato le organizzazioni criminali si sono trasformate secondo due direttive. Una trasformazione riguarda il carattere transnazionale assunto dalla criminalità organizzata negli ultimi anni; l'altra riguarda le modalità operative delle organizzazioni criminali. In sostanza la criminalità organizzata ha rovesciato il rapporto aggressore-vittima nell'ambito delle attività criminose ed ha privilegiato delitti, quali il traffico illecito di stupefacenti, nei quali il modello criminologico consiste nell'offerta sul mercato unico europeo di prestazioni o prodotti illeciti, come gli stupefacenti, a persone consenzienti.

³ Spesso gli stupefacenti vengono trasferiti dal paese di produzione a quello di consumo attraverso i territori di Stati ponti. Basti pensare ad esempio che l'eroina, che trova il suo centro nevralgico di produzione in Asia, penetra in Europa attraverso i Balcani; la cocaina, prodotta soprattutto in America latina, e l'*hashish*, proveniente dal Marocco, penetrano in Europa attraverso la Spagna. Per maggiori approfondimenti si veda V. MILITELLO - L. PAOLI - J. ARNOLD, *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale. Forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania, Spagna*, Milano-Freiburg, Giuffrè, 2000.

⁴ Vedi A. INGROIA, *Criminalità transnazionale e Cooperazione internazionale in materia penale*, in AA.VV., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 428, il quale osserva che in Italia l'organizzazione mafiosa siciliana denominata «Cosa Nostra» rispetto al passato non ha più un ruolo egemonico, come ebbe ad esempio negli anni ottanta nel traffico internazionale di droga, ma è sempre più impegnata in una maggiore interazione con le altre organizzazioni criminali.

internazionale a dar vita, nel corso degli anni, ad una serie di intese a livello internazionale, finalizzate a sviluppare sia le attività di prevenzione, con iniziative dirette a ridurre la "domanda di stupefacenti", sia le attività di repressione dell'aspetto criminale del fenomeno, con misure finalizzate a ridurre l' "offerta di stupefacenti".

Infatti, a partire dagli anni Sessanta, l'Organizzazione delle Nazioni Unite ha promosso la realizzazione di tre grandi Convenzioni per affrontare il problema del traffico di stupefacenti: la Convenzione unica sugli stupefacenti del 30 marzo 1961, (modificata dal Protocollo di Ginevra del 25 marzo 1972 sugli stupefacenti)⁵; il Trattato sulle sostanze psicotrope del 21 febbraio 1971⁶; la Convenzione contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope del 20 dicembre 1988 che costituisce, tra l'altro, la normativa di base a cui la Comunità internazionale fa riferimento⁷ e a cui è invitata ad uniformarsi⁸.

Bisogna tuttavia riconoscere che, allo stato attuale, la cooperazione internazionale per combattere il traffico di stupefacenti, pur avendo raggiunto importanti traguardi, è ancora molto lontana dall'essere efficace e coordinata, visto che alcuni Paesi mancano di strumenti normativi, preparazione tecnica, risorse economiche e volontà politica per collaborare efficacemente con gli altri Stati nella lotta contro la droga, mentre altri vivono spesso in simbiosi con il crimine organizzato⁹.

⁵ La Convenzione ed il Protocollo modificativo sono stati ratificati dall'Italia con la l. n. 412 del 5 giugno 1974, in *Guri* n. 236 del 10 settembre 1974.

⁶ Ratificato dall'Italia con la l. n. 385 del 25 maggio 1981, in *Guri* n. 202 del 24 luglio 1981.

⁷ La Convenzione contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope del 1988 è stata firmata anche dall'Unione europea (all'epoca «Comunità economica europea») l'8 giugno 1989; l'Italia ha ratificato la medesima con la l. n. 328 del 5 novembre 1990, in *Guri* n. 267 del 15 novembre 1990.

⁸ Nell'ambito delle Nazioni Unite un ruolo importante per la lotta contro il traffico illecito di stupefacenti è svolto da alcuni organi come: la Commissione Stupefacenti (Commission Narcotic Drugs - CND) del Consiglio Economico e Sociale, competente ad assistere il Consiglio nell'opera di sorveglianza della corretta applicazione delle convenzioni internazionali; l'Organo Internazionale di Controllo sugli Stupefacenti (International Control Board - INCB), gruppo di esperti con funzioni consultive nel campo della repressione della coltivazione, produzione, uso e traffico illecito di stupefacenti. Inoltre, nel 1991 fu istituito a Vienna il Programma delle Nazioni Unite per il controllo delle droghe (UNDCP) che favorendo la cooperazione tra tutti gli organismi nazionali competenti (Forze di Polizia, Dogane, Magistratura, Sanità ecc.) cerca di incentivare processi di armonizzazione tra le legislazioni nazionali e di sensibilizzare gli Stati produttori sulla necessità di eliminare le coltivazioni illecite, finanziando programmi di riconversione del territorio.

⁹ Basti pensare ad esempio agli Stati dell'America latina, come Colombia, Perù, Bolivia ove la coltivazione di coca costituisce una delle principali fonti di reddito per la popolazione. Per maggiori approfondimenti si veda R. D. PEDRO, *Globalizzazione, prevenzione del delitto e giustizia penale*, Milano, Giuffrè, 2001. Il problema dello sviluppo di questi Paesi è stato più volte affrontato dall'ONU che con il Piano d'azione adottato nel 1998 dall'Assemblea generale sulla radiazione delle sostanze stupefacenti e lo sviluppo alternativo, ha esortato gli Stati membri dell'ONU ad ampliare le opportunità di accesso al mercato ai prodotti dei Paesi coinvolti nel traffico illecito di stupefacenti.

L'Unione europea, tenendo conto delle indicazioni fornite dall'ONU, ha stipulato accordi bilaterali per la cooperazione contro la droga con i Paesi dell'America latina, i Paesi dell'Europa centrale ed orientale, Russia, Stati Uniti, Paesi del bacino del Mediterraneo al fine di favorire lo sviluppo di questi Stati. Inoltre, con il Regolamento n. 2501/2001, è stato introdotto un regime specia-

Le difficoltà che, fino ad oggi, sussistono per la realizzazione di una cooperazione internazionale finalizzata alla lotta contro il traffico illecito di stupefacenti trovano conferma nell'atteggiamento assunto da alcuni Stati, i quali, pur avendo firmato e ratificato le Convenzioni sugli stupefacenti adottate nell'ambito delle Nazioni Unite, spesso non adempiono agli obblighi assunti¹⁰. Inoltre, alcuni Paesi omettono anche di versare il loro contributo per il finanziamento delle politiche contro la droga, con la conseguenza che gli stanziamenti messi a disposizione per la lotta contro il traffico illecito di stupefacenti, già di per sé infimi¹¹, sono soggetti a riduzioni, ogni volta che viene in esame il *budget* annuale. Questo inadempimento degli obblighi assunti in sede convenzionale rivela che, per alcuni Stati della Comunità internazionale, la repressione dei reati connessi agli stupefacenti non costituisce ancora una priorità.

Diversamente, nell'ambito dell'Unione europea, la lotta al traffico illecito di stupefacenti negli ultimi anni è diventato uno degli scopi principali da perseguire¹² come testimoniano le numerose iniziative sviluppate dalle istituzioni eu-

le a favore della lotta contro la droga il quale dispone una sospensione totale della tariffa doganale comune applicabile ai prodotti provenienti dai Paesi appartenenti al Patto andino, al Mercato comune centroamericano ed al Pakistan perché minacciati dalla produzione e dal traffico illecito di stupefacenti al fine di favorire la loro stabilità politica, economica e sociale. Suddetto regime speciale ha fatto però sorgere una controversia in seno all'OMC tra Unione europea ed India. Quest'ultimo ha accusato, infatti, l'Unione europea di non consentire uguale accesso a suddetto regime speciale ad altri Stati interessati dal problema del traffico illecito di stupefacenti. Tale controversia ha avuto un esito processuale sfavorevole per l'Unione europea poiché gli organi di risoluzione delle controversie dell'OMC hanno dichiarato l'illegittimità delle disposizioni a favore della lotta contro la produzione ed il traffico di droga. Questa vicenda processuale ha comunque evidenziato la necessità di migliorare i rapporti tra l'Unione europea e l'insieme dei Paesi economicamente più svantaggiati ed interessati dal problema droga. Per maggiori approfondimenti si veda C. DI TURI, *Il sistema di preferenze generalizzate della Comunità europea dopo la controversia con l'India sul regime speciale in tema di droga*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 721 ss.

¹⁰ Tra gli obblighi previsti in capo agli Stati vi è quello di garantire che l'uso delle droghe sia riservato ai soli fini terapeutici e siano perseguite penalmente tutte le condotte connesse al traffico illecito di stupefacenti. Per maggiori approfondimenti si veda M. PASSEROTTI, *L'Unione europea e la cooperazione in materia di lotta alla droga*, in *L'Amministrazione italiana*, 2003, p. 979.

¹¹ Le somme messe a disposizione per finanziare le politiche contro la droga nell'ambito delle Nazioni Unite risultano insignificanti se confrontate con le enormi somme che il crimine organizzato ricava dal traffico illecito di stupefacenti. Sul punto si veda A. LAUDATI, *I delitti transnazionali. Nuovi modelli di incriminazione e di procedimento all'interno dell'Unione europea*, cit. supra, nota 2, il quale evidenzia come nel traffico illecito di stupefacenti si verifica un R.O.I. (*Return of Investment*) di tre a uno in una settimana. Così se si investono mille euro nell'acquisto di una partita di cocaina, mediamente si guadagnano tre mila euro nella settimana successiva e, conseguentemente novemila euro nella seconda e ventisettemila nella terza settimana, con un fattore di crescita del profitto senza alcun precedente in nessuna attività economica lecita.

¹² Vedi la Raccomandazione del Parlamento europeo destinata al Consiglio e al Consiglio europeo sulla Strategia europea in materia di lotta contro la droga relativa al periodo 2005-2012 (n. 2221/2004) in cui si afferma che «nonostante le politiche fino ad oggi attuate a livello internazionale, europeo e nazionale, il fenomeno della produzione, del consumo e del commercio delle sostanze stupefacenti contenute nelle tre Convenzioni delle Nazioni Unite del 30 marzo 1961, del 21 febbraio 1971 e del 20 dicembre 1988, raggiunge livelli molto elevati in tutti gli Stati membri e di fronte a tale fallimento, l'Unione europea ha deciso di rivedere la sua strategia generale in materia di sostanze stupefacenti». Va rilevato, tuttavia, che anche la Commissione sugli Stupefacenti delle Nazioni Unite sta avviando il processo preparatorio della riunione dell'Assemblea generale dell'ONU in materia di stupefacenti che si svolgerà nel 2008, a dieci anni dalla sessione speciale del 1998, al fine di fare il punto sulla situazione ed elaborare nuove strategie.

ropee in materia di contrasto alla coltivazione, produzione, traffico illecito di stupefacenti, scambio di informazioni sulle caratteristiche degli stupefacenti sequestrati, controllo dei precursori e dei prodotti chimici suscettibili di impiego per la produzione di droga, delinquenza urbana connessa alla tossicodipendenza.

La volontà delle istituzioni europee di reprimere il suddetto fenomeno emerge in maniera chiara anche nelle disposizioni dell'ultimo Trattato di riforma, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007¹³ come si vedrà nel prosieguo della trattazione.

2. La lotta al traffico illecito di stupefacenti attraverso l'armonizzazione delle legislazioni penali nazionali

Nel Trattato di Lisbona, lo «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» rimane obiettivo fondamentale dell'Unione europea, come pure la garanzia di sicurezza e la lotta contro la criminalità¹⁴. Pertanto, nelle disposizioni di tale Trattato, la lotta al traffico illecito di stupefacenti viene in rilievo come manifestazione della criminalità e risulta distinta dalla politica dell'Unione europea finalizzata alla prevenzione della tossicodipendenza. Infatti, mentre la politica europea diretta a ridurre l'offerta di droga ed a reprimere i reati connessi al traffico di stupefacenti trova la sua disciplina nelle disposizioni del Titolo IV del Trattato di Lisbona, intitolato «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia», la politica europea diretta a ridurre la domanda di droga ed a prevenire la tos-

¹³ Ricordiamo che il 23 giugno 2007 fu approvato all'unanimità il mandato per una nuova Cig in cui sono state indicate le integrazioni e le modificazioni che dovevano essere apportate al Trattato costituzionale del 2004. La Cig si è aperta il 23 luglio 2007 e si è conclusa il 19 ottobre 2007 con l'accordo dei ventisette Stati sul testo modificativo. Tale Trattato è stato firmato il 13 dicembre 2007 a Lisbona ed è stato pubblicato nella *Gu-Ue* n. C 306 del 17 dicembre 2007. La sua entrata in vigore è prevista per il 1° gennaio 2009, procedure di ratifica permettendo. Sulla *Gu-Ue* n. C 115 del 9 maggio 2008 è pubblicata la versione consolidata del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea; l'indicazione degli articoli nel testo è conforme alla numerazione riportata nella predetta versione consolidata. Per maggiori approfondimenti si veda J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, Il Mulino, 2007.

¹⁴ Va rilevato che nel Trattato costituzionale, firmato a Roma il 24 ottobre 2004 e pubblicato in *Gu-Ue* n. C 310 del 16 dicembre 2004, si affermava all'art. I - 3 che «l'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne (...)» e all'art. I - 42 «l'Unione costituisce uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (...) attraverso una cooperazione operativa delle autorità competenti degli Stati membri, compresi i servizi di polizia, i servizi delle dogane e altri servizi specializzati nel settore della prevenzione e dell'individuazione dei reati». Suddette norme sono ora sostituite dall'art. 3, par. 2, del TFUE in cui si afferma che «l'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima»; dall'art. 67, n. 3 del TFUE, come sostituito dal Trattato di Lisbona, in cui si afferma «L'Unione si adopera per garantire un livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta contro la criminalità, il razzismo e la xenofobia, attraverso misure di coordinamento e cooperazione tra forze di polizia ed autorità giudiziarie ed altre autorità competenti, nonché tramite il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e, se necessario, il ravvicinamento delle legislazioni penali».

sicodipendenza trova il suo fondamento nelle disposizioni del Titolo XIII del Trattato, intitolato «Sanità Pubblica»¹⁵.

Va rilevato, tuttavia, che la lotta al traffico illecito di stupefacenti, così come la distinzione tra l'aspetto preventivo e quello repressivo del fenomeno, erano previste anche dalle disposizioni dei Trattati precedenti. Di fatto, il Trattato di Roma del 1957 (così come modificato dall'Atto unico europeo del 1986) già consentiva alle istituzioni comunitarie di affrontare la questione droga nell'ambito delle competenze comunitarie. La base giuridica per l'azione comunitaria in questo settore poteva essere costituita da alcuni articoli come l'art. 152 TCE nell'ambito della protezione della sanità pubblica, o l'art. 133 TCE relativo alla politica commerciale comune sui precursori chimici, o l'art. 179 TCE sulla cooperazione per lo sviluppo.

Tuttavia, la lotta contro il traffico illecito di stupefacenti ha trovato la sua massima espressione solo successivamente nel Trattato sull'Unione europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993, il quale conteneva una serie di articoli, dal K. al K. 9, che consentivano di individuare i settori di interesse comune per gli Stati e per i quali si rendeva necessaria la cooperazione. Essi erano: la politica di asilo, l'attraversamento delle frontiere esterne, la politica d'immigrazione, la lotta contro la tossicodipendenza, contro le frodi internazionali, la cooperazione giudiziaria in materia civile e penale e la cooperazione doganale. Infine, veniva menzionata la cooperazione di polizia ai fini di prevenire e combattere il terrorismo internazionale ed il traffico illecito di stupefacenti.

Con il passare degli anni, le istituzioni europee hanno acquisito la piena consapevolezza che la tossicodipendenza non potesse essere confusa con il traffico illecito di stupefacenti o con gli altri aspetti di rilevanza penale del fenomeno¹⁶. Pertanto, con il Trattato di Amsterdam la lotta alla tossicodipendenza è stata comunitarizzata e collocata nell'art. 152 TCE (ex art. 129 TCE), mentre sono stati lasciati nell'ambito del Terzo Pilastro i soli aspetti penali del "fenomeno droga"¹⁷.

Allo stato attuale il fondamento normativo della lotta al traffico illecito di

¹⁵ In particolare all'art. 152 del TFUE, come modificato dal Trattato di Lisbona, si afferma che «l'Unione completa l'azione degli Stati membri volta a ridurre gli effetti nocivi per la salute umana derivanti dall'uso di stupefacenti, comprese l'informazione e la prevenzione».

¹⁶ D'altronde la tossicodipendenza in quanto malattia è esplicitamente considerata dall'art. 152 (ex art. 129) del TCE in materia di sanità pubblica.

¹⁷ Il Trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999, restringe quindi l'ambito di applicazione del Titolo VI del TUE alla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, specificando all'art. 29 TUE gli obiettivi dell'azione comune. Tra i vari obiettivi indicati, vi è la lotta al traffico illecito di stupefacenti. Per maggiori approfondimenti si veda: G. CURTI, *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. dir. eur.*, 1998, p. 41 ss; R. ADAM, *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, Cedam, 1999; I. INGRAVALE, *Giustizia e affari interni*, in *EUROPASS - dossier* 29, 2000, p. 8 ss; P. MAGRINI, *L'evoluzione delle politiche europee nel settore della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Tampere via Amsterdam*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, p. 1817 ss.

stupefacenti si può rinvenire in seno al titolo VI del Trattato sull'Unione europea (nella versione consolidata di Nizza) ed, in particolare, nell'art. 29 TUE, in cui si afferma che l'obiettivo dell'Unione europea è quello di fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia». Tale obiettivo può essere perseguito prevenendo e reprimendo la criminalità organizzata o di altro tipo; in particolare, il terrorismo, la tratta degli esseri umani ed i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode¹⁸.

L'art. 29 del TUE, oltre ad indicare i fenomeni criminali a cui gli Stati devono dedicare particolare attenzione, individua anche le modalità di intervento. In particolare, la norma invita gli Stati membri, da un lato, ad intensificare le forme di coordinamento e collaborazione nella fase delle investigazioni ed in quella processuale vera e propria; dall'altro, a procedere ad una progressiva armonizzazione delle normative nazionali in materia penale¹⁹.

Senza alcun dubbio, allo stato attuale, l'armonizzazione graduale di tutti i sistemi penali nazionali costituisce una delle principali strade da perseguire per la repressione dei reati connessi alla droga, considerato che uno degli incentivi allo sviluppo della dimensione transnazionale, assunta dal traffico illecito di stupefacenti, è rappresentato proprio dalla disomogeneità legislativa esistente tra i diversi ordinamenti giuridici nazionali²⁰.

¹⁸ È stato osservato che l'indicazione dei tipi di reato previsti dall'art. 29 TUE costituisce in negativo la rappresentazione dei diritti riconosciuti dall'Unione europea come fondamentali, alla cui tutela è finalizzata la stessa cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale tra gli Stati membri. Tra i diritti, a cui il Trattato intende dare la priorità assoluta ai sensi dell'art. 29 TUE, vi sono: i diritti della personalità, sia individuale che come appartenenza ad un gruppo etnico, il diritto alla vita, alla salute, alla sicurezza, all'ordine pubblico interno ed esterno, al corretto funzionamento delle pubbliche amministrazioni. Sul punto si veda: F. STORELLI, *Diritto penale comunitario. Profili sostanziali, processuali, collaborazione investigativa e giudiziaria*, Torino, ITA, 2006.

¹⁹ Per maggiori approfondimenti si veda: G. CATELANI, *I rapporti internazionali in materia penale*, Milano, Giuffrè, 1995; H. LABAYLE, *Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1997, p. 872 ss.; N. PARISI - D. RINOLDI, *Giustizia e affari interni nell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 1998; S. BELLUCCI, *Schengen: l'Europa senza frontiere e le nuove misure di cooperazione tra polizie*, Roma, Laurus Robuffo, 1999; M. TUFANO, *La cooperazione giudiziaria penale e gli sviluppi del "terzo pilastro" del Trattato sull'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 1030 ss.; B. NASCIBENE, *Cooperazione giudiziaria penale: diritto vigente ed orientamenti futuri nel quadro della Costituzione europea*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 1295 ss.; M. PISANI, *Cooperazione internazionale in materia penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2005, p. 843 ss.; M. BARGIS, *Costituzione per l'Europa e cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2005, p. 144 ss.; M. CHIAVARIO, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2005, p. 974 ss.

²⁰ Vedi A. BERNARDI, *Sull'opportunità di una armonizzazione europea delle scelte sanzionatorie nazionali*, in L. FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Milano, Giuffrè, 2006 il quale sottolinea come il processo di armonizzazione contribuirebbe non solo ad evitare una concentrazione degli illeciti nei Paesi che prevedono risposte sanzionatorie inadeguate per difetto, ma anche a rafforzare la reciproca fiducia tra i sistemi nazionali e a far emergere quel «retaggio culturale comune» che ai sensi dell'art. 151 TCE costituisce uno dei traguardi che la Comunità si è posta. Inoltre, il processo di ravvicinamento delle risposte punitive all'interno degli Stati dell'Unione potrebbe esprimere un ideale di equità punitiva, eliminando in radice quelle discrasie sanzionatorie che rinnegano i principi comunitari di uguaglianza e non discriminazione.

Va rilevato che, nell'ambito dell'Unione europea, il ricorso all'armonizzazione riguarda quattro fondamentali categorie di reati, concernenti rispettivamente: 1. i reati lesivi di beni comunitari in senso stretto (ad esempio le frodi alle sovvenzioni comunitarie, la falsificazione dell'euro ecc.); 2. i reati lesivi di beni nazionali, la cui protezione rientra anche tra gli obiettivi dell'Unione europea (ad esempio i reati ambientali, i reati di terrorismo, i reati connessi alla criminalità organizzata); 3. i reati lesivi di beni meramente nazionali, valutati normalmente in maniera omogenea all'interno dei singoli Stati membri (ad esempio i cosiddetti reati naturali come l'omicidio, le lesioni, lo stupro ecc.); 4. i reati relativi a settori dell'ordinamento fortemente condizionati dalle peculiarità delle culture nazionali e dalle relative scelte politico-criminali (ad esempio i reati in tema di eutanasia, di aborto, ecc.).

Queste quattro categorie di reati si differenziano notevolmente quanto ad esigenze di armonizzazione. Infatti, la prima categoria necessita di una disciplina fortemente omogenea se non addirittura unificata; la seconda categoria esige forme accentuate di armonizzazione non solo delle norme penali incriminatrici, ma anche delle norme penali di sanzione; la terza categoria non richiede processi di armonizzazione molto più penetranti rispetto a quelli già avvenuti in modo fisiologico nel corso del tempo; la quarta categoria difficilmente potrà essere interessata per il momento dal processo di armonizzazione, considerate le divergenze culturali ancora esistenti all'interno degli Stati membri²¹.

I reati connessi agli stupefacenti rientrano normalmente nella seconda categoria, eccezion fatta per le condotte connesse all'uso personale di stupefacenti, che possono essere ricondotte alla quarta categoria, considerato che esse vengono valutate in maniera difforme negli ordinamenti giuridici nazionali per le differenze culturali ed ideologiche persistenti negli Stati membri sul tema di consumo personale della droga.

Nell'ambito dell'Unione europea, l'esigenza di realizzare una piattaforma normativa comune per questa tipologia di reati emerse già nel 1996, allorché fu adottata dalle istituzioni europee l'azione comune n. 96/750/GAI²². Tuttavia, tale azione comune conteneva mere dichiarazioni di principio senza

²¹ Per maggiori approfondimenti si veda: P. BERNASCONI, *L'influenza del diritto comunitario sulle tecniche di costruzione della fattispecie penale*, in *Ind. pen.*, 1996, p. 456 ss.; R. SICURELLA, *Il Titolo VI del Trattato di Maastricht ed il diritto penale*, in *Riv. trim. proc. pen.*, 1997, p. 1307 ss.; F. PALUMBO, *Studi di diritto penale comunitario*, Milano, Giuffrè, 1999; F. CAPELLI, *Riflessioni sulle prospettive di unificazione del diritto europeo*, in questa *Rivista*, 2001, p. 629 ss.; M. DEL TUFO, *Il diritto penale sommerso: diritto europeo e modifiche del sistema penale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 1007 ss.; A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 5 ss.; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2005; C. HAGUENAU, *Vers une harmonisation communautaire du droit pénal?*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2006, p. 377 ss.; S. WHITE, *Harmonisation of criminal law under the first pillar*, in *Eur. Law Rev.*, 2006, p. 81 ss.; T. E. EPIDENDIO, *Diritto comunitario e diritto penale interno*, Milano, Giuffrè, 2007; A. MONTAGNA, *Il difficile cammino verso un diritto penale europeo minimo*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 805 ss.

²² In *Guce* n. L 342 del 31 dicembre 1996, p. 6 ss.

individuare in concreto gli *standard* a cui gli Stati membri avrebbero dovuto uniformarsi.

Nell'ottobre del 2004, tale azione comune è stata trasfusa nella decisione quadro n. 2004/757/GAI²³, alla cui adozione si perverrà nonostante le riserve espresse da alcuni Stati, come Paesi Bassi, Irlanda, Svezia e Danimarca, restii a mutare la propria politica criminale di tolleranza nei confronti della detenzione e della vendita di piccole quantità di stupefacenti, per uso esclusivamente personale. Tuttavia, le riserve espresse da questi Stati – e superate grazie anche ad una intensa attività di mediazione svolta dalla Presidenza italiana – nel 2003 hanno lasciato una traccia sul contenuto della decisione quadro come si vedrà nel prosieguo della trattazione²⁴.

3. Analisi del contenuto della decisione quadro n. 2004/757/GAI

La dimensione transnazionale del traffico illecito di stupefacenti, che coinvolge anche Paesi terzi, implica la necessità di ancorare la definizione di sostanza stupefacente e di precursore agli *standard* adottati nell'ambito della Comunità internazionale.

Pertanto, all'art. 1, la suddetta decisione quadro rinvia, per la definizione delle sostanze stupefacenti, alla Convenzione Unica sugli stupefacenti del 30 marzo 1961, modificata dal Protocollo di Ginevra del 25 marzo 1972 sugli stupefacenti, mentre per la definizione di sostanze psicotrope rinvia al Trattato sulle sostanze psicotrope del 21 febbraio 1971 e all'azione comune n. 97/396/GAI del 16 giugno 1997, riguardante lo scambio di informazioni, la valutazione dei rischi e il controllo delle nuove droghe sintetiche²⁵.

Per la definizione dei precursori, la decisione quadro rinvia ai regolamenti comunitari che attuano gli obblighi previsti dall'art. 12 della Convenzione di Vienna del 1988, ovvero il Regolamento n. 111/2005²⁶ e il Regolamento n. 273/2004²⁷.

²³ In *Gu-Ue* n. L 335 dell'11 novembre 2004, p. 8 ss.

²⁴ La base giuridica di tale atto è rappresentata dall'art. 31, par. 1, lett. e., del Trattato sull'Unione europea in cui si afferma che l'azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale comprende anche «la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti»; dall'art. 34, par. 2, lett. b. che individua nella decisione quadro lo strumento normativo «per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri». La decisione quadro n. 2004/757/GAI trova altresì il suo fondamento nelle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 e nel Piano d'azione globale contro la droga 2000-2004 in cui si afferma che la repressione del traffico illecito di stupefacenti richiede l'armonizzazione delle fattispecie penali e degli apparati sanzionatori delle legislazioni nazionali.

²⁵ In *Guce* n. L 167 del 25 giugno 1997, p. 1 ss.

²⁶ In *Gu-Ue* n. L 22 del 26 gennaio 2005, p. 1 ss.

²⁷ In *Gu-Ue* n. L 47 del 18 febbraio 2004, p. 1 ss.

Negli artt. 2 e 3 si stabilisce la rilevanza penale di un'ampia serie di condotte (realizzate sia nella forma tentata, sia nella forma concorsuale) come: la produzione, la fabbricazione, l'estrazione, la preparazione, l'offerta, la commercializzazione, la distribuzione, la vendita, la consegna a qualsiasi condizione, la mediazione, la spedizione, il trasporto, l'importazione, l'esportazione di stupefacenti, la coltura del papavero da oppio, della pianta di coca o della pianta della cannabis, la detenzione o l'acquisto di stupefacenti finalizzati alla cessione a scopo di lucro²⁸.

In conformità a quanto disposto dall'art. 12 della Convenzione ONU del 1988, tra le condotte costituenti traffico di stupefacenti, sono state inserite anche la fabbricazione, il trasporto, la distribuzione di precursori (ovvero di quelle sostanze impiegate per la produzione e la realizzazione di sostanze stupefacenti).

Una differenza rilevante rispetto alla Convenzione di Vienna del 1988 è rappresentata dalla circostanza che la decisione quadro esclude la rilevanza penale delle condotte che dovrebbero integrare il traffico illecito di stupefacenti quando siano finalizzate all'uso personale. A tale scelta, il Consiglio è pervenuto a causa delle riserve che furono espresse da alcuni Stati membri con riguardo al fatto che la proposta di decisione quadro, adottata dalla Commissione, non aveva previsto l'irrilevanza penale di talune condotte relative al consumo personale. Pertanto, la decisione quadro rimanda ogni definizione del consumo personale alle singole legislazioni nazionali.

Va rilevato, però, che lo stralcio – operato dal Consiglio – non può assolutamente essere interpretato come una presa di posizione dell'Unione europea sulla liceità del consumo personale di stupefacenti. Infatti, nel quarto *considerando* della decisione quadro è specificato che «l'esclusione di talune condotte relative al consumo personale dal campo di applicazione della presente decisione quadro non rappresenta un orientamento del Consiglio sul modo in cui gli Stati membri dovrebbero trattare questi altri casi nella loro legislazione nazionale»²⁹.

²⁸ Va rilevato che i suddetti articoli si differenziano dal testo proposto dalla Commissione nel giugno 2001 (Doc Com(2001)259, in *Guce* n. C 304 E del 30 ottobre 2001, p. 172). Infatti, nella Proposta della Commissione veniva descritta una fattispecie penale europea di traffico illecito di stupefacenti, fondata sulle legislazioni degli Stati membri. Tuttavia, il Consiglio, data la difficoltà di trovare l'unanimità sul testo proposto dalla Commissione, ha deciso di adottare un testo conforme all'art. 3 della Convenzione di Vienna del 1988, ratificata sia dalla Comunità europea che dagli Stati membri.

²⁹ Al contrario, alla luce di quanto detto nel par. 2, può essere intesa come una presa di consapevolezza da parte dell'Unione europea della circostanza che il processo di armonizzazione delle fattispecie incriminatrici deve inevitabilmente arrestarsi ogni qual volta vengono in rilievo aspetti ove le differenze culturali ed ideologiche degli Stati membri sono ben marcate. Per maggiori approfondimenti si veda A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, Giappichelli, 2004.

Le riserve espresse da alcuni Stati membri più tolleranti verso talune condotte, anche se non finalizzate all'uso personale³⁰, hanno indotto il Consiglio a prevedere all'art. 3, par. 2, la facoltà, per gli Stati membri, di escludere dalla responsabilità penale il tentativo di offerta o preparazione di stupefacenti nel caso dell'art. 2, par. 1, lett. *a*.; nonché il tentativo di detenzione di stupefacenti nel caso dell'art. 2, par. 1, lett. *c*.³¹.

Sul piano dell'armonizzazione dei livelli sanzionatori delle fattispecie incriminatrici, la decisione quadro disciplina dettagliatamente il solo sistema sanzionatorio per i reati di cui all'art. 2. Per tali reati l'art. 4 prevede l'applicazione di pene detentive da uno a tre anni nell'ipotesi base; da cinque a dieci anni in presenza di alcune aggravanti ovvero quando il traffico abbia ad oggetto grandi quantitativi di stupefacenti o comporti conseguenze dannose o pericolose per la salute di più persone. Una circostanza aggravante del reato di traffico illecito di stupefacenti, che comporta una pena della durata massima di almeno dieci anni, è rappresentata dalla realizzazione del reato nell'ambito di un'associazione criminale per la cui definizione l'art. 4 rinvia alle disposizioni dell'azione comune n. 98/733/GAI³². Il suddetto articolo prevede anche il sequestro delle sostanze oggetto del traffico e la confisca degli strumenti utilizzati e dei proventi (anche nella forma della confisca per equivalente)³³.

Per quanto riguarda invece i reati di cui all'art. 3 la determinazione della pena è rimessa alla piena discrezionalità degli Stati membri, essendo previsto solo il generico obbligo di prevedere una pena detentiva effettiva, proporzionata e dissuasiva.

All'art. 5 sono previste, sotto forma di circostanze attenuanti, le ipotesi in cui il soggetto attivo rinunci all'attività o fornisca alle autorità giudiziarie informazioni per la prevenzione e l'attenuazione degli effetti del reato, l'individuazione dei complici e l'acquisizione di prove. Va rilevato che, a differenza delle circostanze aggravanti, la trasposizione nel diritto interno di queste circostanze attenuanti non è obbligatoria per gli Stati membri, ma solo facoltativa.

Altra norma importante è quella di cui all'art. 6 che prevede la responsabilità delle persone giuridiche³⁴ per i reati commessi nel loro interesse da sog-

³⁰ Basti pensare alla posizione dei Paesi Bassi rispetto alla liceità e alla vendita di modiche quantità di stupefacenti all'interno dei *coffee shop*.

³¹ Si tratta di una disposizione innovativa che non trova precedenti nella Convenzione di Vienna del 1988 e negli altri strumenti internazionali vigenti in materia. Per maggiori approfondimenti si veda AA.Vv., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2006.

³² Pubblicata in *Guce* n. L 351 del 29 dicembre 1998, p. 1 ss.

³³ Per la definizione dei termini «confisca», «strumenti», «proventi» e «beni» la decisione quadro rinvia alla Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, conclusa a Strasburgo l'8 novembre 1990.

³⁴ Per la definizione di persona giuridica la decisione quadro rinvia all'art. 1, lett. *d*., del secondo protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee in cui si definisce persona giuridica «qualsiasi entità che sia tale in forza del diritto nazionale

getti dotati di poteri decisionali, di rappresentanza e di controllo e a cui possono essere applicate ex art. 7 sanzioni pecuniarie e misure di carattere interdittivo, come l'esclusione dal diritto di godimento di forme di sovvenzioni pubbliche, il divieto temporaneo o permanente di esercizio di un'attività commerciale, l'assoggettamento ad un regime di sorveglianza giudiziaria e i provvedimenti giudiziari di liquidazione.

Infine, è stato stabilito che l'attuazione della decisione quadro da parte degli Stati membri deve avvenire entro il 12 maggio 2006 e la presentazione della relazione della Commissione sull'attuazione della decisione quadro al Parlamento europeo ed al Consiglio deve avvenire entro il 12 maggio 2009. Fino ad oggi, però, la decisione quadro n. 2004/757/GAI non è stata ancora attuata in alcuni Stati membri, tra i quali l'Italia³⁵.

4. *Segue: Confronto con la normativa italiana in materia di stupefacenti contenuta nel dpr n. 309/1990 come modificato dalla l. n. 49/2006*

Con riguardo all'ordinamento giuridico italiano, va rilevato che la normativa italiana in materia di stupefacenti contenuta nel dpr n. 309/1990³⁶, così come modificato dalla l. n. 49/2006³⁷, mentre sotto alcuni aspetti già risulta conforme alla decisione quadro n. 2004/757/GAI, sotto altri aspetti risulta divergente dalle soluzioni normative accolte in tale atto.

Sotto il profilo della definizione di stupefacenti, la normativa italiana risulta pienamente conforme alla decisione quadro poiché individua, come sostanze stupefacenti e psicotrope, le stesse sostanze contemplate dalla Convenzione Unica sugli stupefacenti del 30 marzo 1961, modificata dal Protocollo di Ginevra del 25 marzo 1972 sugli stupefacenti; dal Trattato sulle sostanze psicotrope del 21 febbraio 1971; dalla Convenzione contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope del 20 dicembre 1988³⁸.

applicabile, ad eccezione degli Stati o di altre istituzioni pubbliche nell'esercizio dei pubblici poteri e delle organizzazioni internazionali pubbliche».

³⁵ Pertanto nella Strategia dell'Unione europea in materia di droga per il periodo 2005-2012, pubblicata *supra*, p. 373 ss., il Consiglio dell'Unione europea ha invitato un'ennesima volta gli Stati membri ancora inadempienti a dare attuazione alla decisione quadro n. 2004/757/GAI.

³⁶ In *Guri* n. 255 del 31 ottobre 1990 e recante le «disposizioni in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza».

³⁷ In *Guri* n. 48 del 27 febbraio 2006 e recante le «disposizioni per favorire il recupero dei tossicodipendenti recidivi».

³⁸ In particolare all'art. 13 del dpr n. 309/1990 si afferma che «le tabelle allegate a suddetto Testo Unico devono contenere l'elenco di tutte le sostanze e dei preparati, indicati nelle convenzioni e negli accordi internazionali e sono aggiornate tempestivamente anche in base a quanto previsto dalle convenzioni ed accordi medesimi ovvero in base alle nuove acquisizioni scientifiche».

La normativa italiana risulta conforme alla decisione quadro anche per quanto riguarda le condotte incriminate ai sensi dell'art. 73 del dpr n. 309/1990 che corrispondono a quelle previste all'art. 2 della decisione quadro. Formalmente rimangono escluse dalla normativa italiana solo la preparazione, la mediazione e la spedizione.

Risulta, altresì, corrispondente alla decisione quadro, l'art. 73, comma 2 *bis*, del dpr n. 309/90 che incrimina anche l'illecita produzione o commercializzazione delle sostanze chimiche di base e dei precursori, utilizzabili nella produzione clandestina delle sostanze stupefacenti o psicotrope.

Anche le disposizioni in materia di istigazione, complicità e tentativo, previste dall'art. 3 della decisione quadro, risultano di fatto già implementate nel diritto interno attraverso gli artt. 56 e 110 c.p.

Per quanto riguarda le circostanze del reato, vi è corrispondenza tra le aggravanti indicate dalla decisione quadro e quelle previste nell'ordinamento italiano, eccezion fatta per l'aggravante relativa alla fornitura di sostanze che hanno determinato gravi danni alla salute, atteso che l'aggravante prevista dall'art. 80 del dpr n. 309/90 si riferisce alla potenzialità lesiva della sostanza, valutabile *ex ante*, e non alla sua effettiva dannosità, valutabile *ex post*, così come richiesto dalla decisione quadro³⁹.

Anche le circostanze attenuanti previste dall'atto europeo sono conformi a quelle previste dall'art. 73, ultimo comma e dall'art. 74 del dpr n. 309/90, nonché a quelle previste dalla normativa in materia di collaboratori di giustizia, contenuta nel d.l. 15 gennaio 1991 n. 8, convertito dalla l. n. 82 del 15 marzo 1991 e modificato dalla l. n. 45 del 13 febbraio 2001.

Inoltre, così come la decisione quadro, anche la normativa italiana prevede la confisca dei beni rinvenuti a seguito dell'operazione antidroga.

Tra gli elementi di divergenza, vanno innanzitutto menzionati i livelli sanzionatori che, nella normativa italiana, sono molto più elevati rispetto a quelli individuati dalla decisione quadro. Basti pensare, ad esempio, che mentre il legislatore italiano per la fattispecie base di cui all'art. 73 del dpr n. 309/1990 ha previsto una pena che va da sei a venti anni di reclusione e la multa da euro 26.000 ad euro 260.000, la decisione quadro, per le stesse condotte poste in essere in assenza di circostanze aggravanti, prevede pene detentive della durata massima compresa tra almeno uno e tre anni.

³⁹ Sul punto va ricordato che nella sent. Cass., sez. IV, del 22 maggio 1997 n. 10738, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 1240 ss. viene evidenziato come il fulcro che il legislatore ha posto come integrativo la circostanza aggravante di cui all'art. 80, n. 1, lett. e., non sia la maggiore lesività, già ottenuta, derivante dalla commistione delle sostanze, ma la maggiore potenzialità lesiva di detta commistione, cioè l'attitudine della stessa ad accentuare l'effetto stupefacente e tossico per l'organismo, sia pure con la cooperazione del consumatore, che deve seguire alcune semplici istruzioni per l'uso come l'umidificazione o la diluizione nell'acqua. La Corte, pertanto, ha ritenuto l'aggravante nella commistione di cocaina e bicarbonato, sul rilievo che, in determinate condizioni, come ad esempio nell'assunzione a mezzo di pipa, nella quale la droga è fumata in presenza di acqua, l'aggiunta del bicarbonato aumenta l'offensività, cioè la tossicità, della cocaina.

La divergenza tra i livelli sanzionatori è ancora più evidente con riguardo alle fattispecie associative. Infatti, la decisione quadro prevede, per i reati connessi agli stupefacenti posti in essere nell'ambito di organizzazioni criminali ai sensi dell'azione comune n. 98/733/GAI, una pena detentiva della durata massima di almeno dieci anni.

Al contrario, il legislatore italiano per la fattispecie associativa di cui all'art. 74 del dpr n. 309/1990 non prevede una pena "sbarrata" nel massimo⁴⁰ e tale assenza potrebbe, quindi, comportare ai sensi dell'art. 23 c.p. l'applicazione della pena della reclusione fino a ventiquattro anni.

È evidente, quindi, che uno degli interventi richiesti al legislatore italiano per adeguare la normativa italiana in materia di stupefacenti ai parametri europei riguarda l'apparato sanzionatorio, con particolare riferimento alla fattispecie associativa⁴¹.

Oltre al suddetto intervento di riforma, sarebbero necessarie altre importanti modifiche per rendere la normativa italiana pienamente conforme alla decisione quadro n. 2004/757/GAI.

Specifiche misure di trasposizione devono essere adottate in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Bisognerebbe, infatti, introdurre una norma che estenda la responsabilità delle persone giuridiche per i reati connessi agli stupefacenti e ai precursori, prevedendone le sanzioni⁴².

Infine, occorrerebbe che il legislatore italiano disciplinasse le condizioni per l'esercizio della giurisdizione dello Stato italiano, quando il reato concernente gli stupefacenti sia commesso all'estero, in conformità all'art. 8 della decisione quadro.

⁴⁰ Nell'art. 74 del dpr n. 309/1990 si parla espressamente di «una pena non inferiore a venti anni». Per maggiori approfondimenti sulla normativa italiana in materia di stupefacenti si veda: M. CINGOLANI - R. FROLDI, *La disciplina delle sostanze suscettibili di impiego per la produzione di sostanze stupefacenti o psicotrope* (D. LGS. 12 aprile 1996 n. 258): aspetti chimici e tossicologico-forensi, in *Rivista italiana di Medicina legale*, 1998, p. 651 ss.; D. A. UGON, *La rilevanza del concetto di "piccola quantità" nell'applicazione della legge sugli stupefacenti in Italia, Austria, Germania*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 317 ss.; G. AMARELLI, *Le recenti prospettive di riforma della disciplina degli stupefacenti (d.d.l. c.d.m. 13 novembre 2003): profili di politica criminale*, in *Critica del diritto*, 2004, p. 77 ss.; S. RIONDATO (a cura di), *Commento pratico sistematico al Testo unico sugli stupefacenti*, Padova, Cedam, 2006; C. A. ZAINA, *La nuova disciplina penale delle sostanze stupefacenti*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2006; D. POTETTI, *L'enigmatico comma 1-bis dell'art. 73 del D.P.R. n. 309 del 1990*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2135; V. MANES, *Prime puntualizzazioni sulla riforma in tema di stupefacenti: ruolo degli indici quantitativi, "uso di gruppo", "fatto di lieve entità", recidiva*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3035 ss.; T. PADOVANI (a cura di), *Leggi penali complementari*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁴¹ L'intervento di riforma dovrebbe riguardare anche gli elementi costitutivi della fattispecie associativa di cui all'art. 74 del dpr n. 309/1990 in modo da allinearla ai parametri previsti dall'azione comune n. 98/733/GAI, con la previsione del requisito della stabilità della struttura associativa e delle singole condotte. Sul punto si veda A. PECCIOLI, *Unione europea e criminalità transnazionale*, cit. *supra*, nota 1.

⁴² Si tratterebbe di inserire, così come di recente è avvenuto per altre categorie di reato (ad esempio terrorismo, tratta di persone e sfruttamento della pornografia minorile), nella sezione III del titolo I del dlgs n. 231/2001 una nuova disposizione che preveda la responsabilità delle persone giuridiche per i reati connessi alla droga e stabilisca, altresì, le relative sanzioni.

Solo dopo che saranno attuati tutti gli interventi appena indicati, la normativa italiana diverrà veramente conforme agli *standard* europei⁴³.

5. I limiti della decisione quadro n. 2004/757/GAI e l'ambito di applicazione del principio dell'interpretazione conforme

Nell'ambito dell'Unione europea, la strada dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali può essere perseguita, o attraverso il ricorso allo strumento classico del diritto internazionale, quale è la convenzione, o attraverso il ricorso alla decisione quadro.

Le istituzioni europee per il ravvicinamento delle normative nazionali in materia di stupefacenti hanno fatto ricorso alla decisione quadro, atto normativo che, pur essendo preferibile allo strumento convenzionale⁴⁴, presenta dei limiti.

Come è noto, la decisione quadro, così come la direttiva, è un atto vincolante per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salvo la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma ed ai mezzi per realizzare il risultato; tuttavia, a differenza della direttiva, la decisione quadro non può disporre né di efficacia diretta né della possibilità di vederne assicurata l'esecuzione attraverso la procedura di infrazione⁴⁵ attivabile da parte della Commissione⁴⁶.

Queste caratteristiche della decisione quadro evidenziano come qualsiasi tentativo di armonizzazione nel settore della cooperazione giudiziaria penale

⁴³ Le modalità con cui dovrà avvenire l'attuazione della decisione quadro n. 2004/757/GAI nell'ordinamento giuridico italiano sono disciplinate dalla l. n. 11/2005. Essa stabilisce che all'attuazione degli obblighi posti dalle decisioni quadro e dalle decisioni si provvede con lo strumento della legge comunitaria la quale può contenere «disposizioni modificative o abrogative di disposizioni statali vigenti in contrasto con gli obblighi» in discorso (art. 9, par. 1, lett. a.) e «disposizioni occorrenti per dare attuazione o assicurare l'applicazione degli atti del Consiglio» in questione, «anche mediante il conferimento al Governo di delega legislativa» (art. 9, par. 1, lett. c.). Per maggiori approfondimenti si veda: G. CONTALDI, *La disciplina della partecipazione italiana ai processi normativi comunitari alla luce della riforma della legge La Pergola*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, p. 515 ss.; E. PISTOIA, *Gli atti del Terzo pilastro nella legge del 4 febbraio 2005 n. 11*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, p. 1498 ss.; G. TIBERI, *La riforma della legge La Pergola*, in *Quad. cost.*, 2005, p. 671 ss.; D. GIROTTO, *Dalla legge La Pergola alla legge n. 11 del 2005*, in *Studium Iuris*, 2006, p. 818 ss.

⁴⁴ Con riguardo alle convenzioni vanno sottolineati due aspetti fondamentali: 1. dopo che il Consiglio ha raccomandato l'adozione di una convenzione, gli Stati membri sono tenuti ad avviare le procedure di ratifica entro il termine stabilito; 2. la convenzione entra in vigore se adottata da almeno la metà degli Stati membri. Come sostiene M. DEL TUFO, *Il diritto penale sommerso: diritto europeo e modifiche del sistema penale*, cit. supra, nota 22, questi due aspetti evidenziano che lo snellimento delle procedure previsto per le convenzioni presenta due svantaggi: ciò che si guadagna in effettività si perde in omogeneità e si rischia di andare nella direzione di un potenziamento di una Europa a geografia variabile.

⁴⁵ Tuttavia vedi V. MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, cit. supra, nota 3, il quale afferma che il mancato adeguamento ad una decisione quadro potrebbe comportare la violazione degli obblighi di fedeltà comunitaria ex art. 10 TCE e richiamare, dunque, l'intervento della Corte di giustizia.

⁴⁶ Inoltre, per effetto della Dichiarazione n. 8 inclusa nell'Atto finale del Trattato di Amsterdam, gli atti del Terzo Pilastro non possono imporre obblighi di incriminazione *ex novo*.

presupponga un intervento diretto del legislatore nazionale⁴⁷.

Vero è che l'affermazione da parte della Corte di giustizia dell'obbligo per il giudice nazionale di interpretare il diritto interno in modo conforme non solo alle direttive, ma anche alle decisioni quadro⁴⁸, ha contribuito a ridurre le differenze tra le decisioni quadro e le direttive, poiché attraverso l'interpretazione giurisprudenziale conforme anche una decisione quadro non attuata in uno Stato membro potrebbe riuscire ad interferire sul diritto penale nazionale di tale Stato.

Tuttavia, va rilevato che principi come quello dell'interpretazione conforme, elaborati per le direttive e, talvolta estesi agli atti del Terzo Pilastro, non sono sempre applicabili alle decisioni quadro.

D'altronde gli stessi Giudici di Lussemburgo hanno precisato che il principio di interpretazione conforme è subordinato a precise condizioni⁴⁹. Infatti, l'obbligo del giudice nazionale di interpretare il diritto interno in conformità con le direttive e con le decisioni quadro trova dei limiti nei principi generali del diritto comunitario ed, in particolare, in quelli di certezza e di non retroattività. Questi ultimi impediscono al giudice nazionale di determinare o aggravare, sulla base di una decisione quadro o di una direttiva, ed indipendentemente da una legge nazionale di attuazione, la responsabilità penale di un imputato⁵⁰.

Nel caso della decisione quadro n. 2004/757/GAI sono proprio queste li-

⁴⁷ Sul punto si veda A. FABBRICATORE, *Caso Pupino sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 640 ss. la quale osserva che il primato del diritto comunitario sul diritto interno ed il principio di fedeltà comunitaria non possono escludere il potere dei singoli Stati membri di adeguare con libertà di forme e mezzi la normativa interna ai parametri europei. Se si ammettesse una diversa interpretazione si finirebbe per creare un *vulnus* all'interno dello stesso principio di legalità dal momento che la norma interna potrebbe modificarsi, di volta in volta, al mutare della fonte comunitaria di riferimento.

⁴⁸ Si veda la sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2005 in causa n. C-105/03, *Pupino*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 5285.

⁴⁹ Per maggiori approfondimenti si veda: V. BAZZOCCHI, *Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni quadro*, in *Quad. cost.*, 2005, p. 886 ss.; A. FAVALE, *Possibile efficacia diretta delle decisioni quadro nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, p. 1988 ss.; M. FLETCHER, *Extending "indirect effect" to the third pillar: the significance of Pupino?* in *EL Rev.*, 2005, p. 862 ss.; E. APRILE, *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'Unione europea, dopo la sentenza della Corte di Giustizia sul "caso Pupino" in materia di incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1165 ss.; V. MANES, *L'incidenza delle Decisioni quadro sull'interpretazione penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1150 ss.; M. MARCHEGIANI, *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, p. 563 ss.; M. POLINI, *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale, presupposti teorici, limiti applicativi, casi clinici*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1798 ss.; M. G. GARBAGNATI KETVEL, *La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale: verso un ravvicinamento tra i pilastri dell'Unione europea?* in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 395 ss.; A. WEYEMBERGH - P. DE HERT - P. PAEPE, *L'effectivité du troisième pilier de l'Union européenne et l'exigence de l'interprétation conforme: la Cour de justice pose ses jalons*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2007, p. 269 ss.; E. BARTOLINI - E. CANNIZZARO, *La "costituzionalizzazione" del terzo pilastro dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 471 ss.

⁵⁰ Sul punto si veda anche la sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 1990 in causa n. C-106/89, *Marleasing*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4135.

mitazioni a venire in rilievo e ad impedire ai giudici nazionali degli Stati membri che non hanno ancora provveduto a darvi attuazione di ricorrere all'interpretazione conforme del diritto interno ai parametri europei.

Infatti, la maggior parte delle norme contenute in questo atto, che ha come principali destinatari gli Stati tolleranti nei confronti delle condotte di detenzione e vendita di modeste quantità di stupefacenti, potrebbero comportare un aggravamento della responsabilità penale dell'imputato.

Pertanto, il giudice di uno Stato membro inadempiente di certo potrà fare un utilizzo ermeneutico *in bonam partem* della decisione quadro, con effetti limitativi dell'ambito di rilevanza penale e, dunque, favorevoli al reo. Ad esempio, in tema di associazione finalizzata al traffico illecito di stupefacenti, un giudice italiano potrebbe interpretare l'art. 74 del dpr n. 309/90 alla luce dell'azione comune n. 98/733/GAI, (richiamata espressamente dall'art. 4 della decisione quadro), che richiede il requisito della stabilità della struttura associativa e delle singole condotte, ed escludere dal campo di applicazione dell'art. 74 la condotta di chi ha dato un contributo meramente occasionale alla vita dell'associazione⁵¹.

Al contrario, qualora vi sia asimmetria tra la normativa europea e la normativa nazionale, il giudice nazionale di uno Stato membro in ritardo nell'attuazione della decisione quadro non potrà pervenire ad una interpretazione comunitariamente orientata delle norme interne tale da comportare – *praeter legem* – effetti costitutivi o peggiorativi della responsabilità dell'imputato⁵². Ad esempio, in tema di responsabilità delle persone giuridiche, il giudice italiano non potrebbe, in assenza di una norma interna, solo sulla base di interpretazione comunitariamente orientata applicare sanzioni pecuniarie per il caso di condotte attive da parte dei soggetti apicali.

⁵¹ Va rilevato che in alcuni casi la giurisprudenza italiana ha affermato che «la prova che il singolo è partecipe dell'associazione può essere ricavata dalla partecipazione del soggetto ad un solo reato fine, a condizione, però che il ruolo svolto e le modalità dell'azione siano tali da evidenziare la sussistenza del vincolo» (sent. Cass., sez. V, del 9 dicembre 2002, n. 2838, in *Riv. pen.*, 2004, p. 265 ss.) o che «la prova dell'esistenza del sodalizio può trarsi anche da un singolo episodio criminoso, se lo stesso attesti l'intervento di un gruppo che partecipa nel suo insieme ad un evento importante per l'associazione» (sent. Cass., del 17 febbraio 2005, in *Mass. CED*, RV 230887).

In altri casi la giurisprudenza italiana ha affermato che «dal momento che non si può escludere che l'organizzazione ricorra ad esecutori materiali arruolati volta per volta, occorre dimostrare l'esistenza di una stabile realtà organizzata e la consapevolezza di chi opera di aderire ad essa» (sent. Cass., sez. VI, del 22 ottobre 2003, n. 49556, in *Mass. CED*, RV 227826).

⁵² Sul punto si veda anche la sentenza della Corte di giustizia del 3 maggio 2005 in cause riunite n. C-387/02, n. C-391/02 e n. C-403/02, *Berlusconi ed altri*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 3565. In questo caso attraverso il rinvio pregiudiziale si chiedeva alla Corte di giustizia se una norma penale successiva più favorevole potesse essere applicata retroattivamente a favore dell'imputato, nonostante la sua contrarietà al diritto comunitario, oppure se tale circostanza comportasse la sua disapplicazione e la riviviscenza della preesistente norma penale interna, vigente all'epoca della commissione del fatto-reato. La Corte ha ribadito l'impossibilità per una direttiva, di per sé ed indipendentemente dalla normativa nazionale di attuazione, di modificare *in malam partem* una disciplina dettata a garanzia dell'imputato.

È evidente, quindi, che negli Stati membri che non hanno ancora provveduto a dare attuazione alla decisione quadro, il principio dell'interpretazione conforme dovrà essere utilizzato tenendo debitamente conto delle possibili conseguenze. Infatti, un'interpretazione comunitariamente orientata, che si traduca nell'estensione dell'area di rilevanza penale o nell'aggravamento della responsabilità del singolo, contrasterebbe con quella istanza garantista sottesa al principio di riserva di legge statale⁵³.

6. Le innovazioni nel Trattato di Lisbona

Da quanto fin qui esposto, emerge che la decisione quadro n. 2004/757/GAI potrà risultare uno strumento efficace per l'armonizzazione delle normative nazionali in materia di stupefacenti solo se ci sarà un impegno da parte dei ventisette Stati di recepirne il contenuto integralmente con atti normativi interni, espressione della loro sovranità. In mancanza di questa volontà di attuazione da parte degli Stati membri, principi come quello dell'interpretazione conforme non sempre sono in grado di tagliare fuori i soli "Padroni e Signori dei Trattati" ed assicurare una operatività della decisione quadro all'interno degli ordinamenti nazionali.

Considerato, quindi, che il cammino verso l'armonizzazione dei sistemi giuridici nazionali presenta ancora molti ostacoli, come testimoniano le vicende che hanno accompagnato l'adozione e l'attuazione della decisione quadro n. 2004/757/GAI, è opportuno chiedersi in che misura le novità previste dal Trattato di Lisbona possono contribuire a rimuovere questi scogli.

In primis ricordiamo che, per effetto del richiamo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵⁴, sarà possibile rinvenire nel testo del Trattato taluni diritti e principi fondamentali in materia penale⁵⁵, quali ad esempio il principio di legalità. Infatti, sarà espressamente affermato l'obbligo

⁵³ Per maggiori approfondimenti si veda: S. BARTONE, *Quando la legge penale nazionale cede il passo alle norme comunitarie*, in *Diritto e Giustizia*, 2006, p. 62 ss. il quale afferma che l'integrazione del diritto interno ad opera del diritto comunitario è subordinata al rispetto da parte del diritto comunitario dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale nazionale. Il possibile contrasto e/o il mancato vincolo fra fonti normative di origine comunitaria e il diritto penale nazionale deriva dal corollario del principio di legalità e cioè la riserva assoluta alla legge statale della creazione e della disciplina di ogni condotta lesiva che sia sanzionata con pena, specialmente detentiva, principio contenuto nell'art. 25 Cost. e nell'art. 1 c.p.

⁵⁴ L'art. 6 del Trattato di Riforma recita «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati (...)». Sulle modalità di «incorporazione» della Carta dei diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona cfr. A. DI STASI, *Libertà e sicurezza nello spazio giudiziario europeo: mandato di arresto e "statuto" dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in questa Rivista, 2007, p. 657 ss.

⁵⁵ In particolare ricordiamo: il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale; la presunzione di innocenza, il diritto di difesa, il principio della proporzionalità dei reati e delle pene, il principio del *ne bis in idem*.

di far retroagire la norma penale più favorevole; obbligo che non è previsto né dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, né dalla Costituzione italiana.

Altra fondamentale novità introdotta dal Trattato è rappresentata dalla soppressione dei c.d. «Pilastrì» e dalla previsione di un'applicazione più estesa delle strutture e dei meccanismi comunitari in materia penale. Pertanto, l'Unione europea potrà esercitare le competenze dello «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia», disciplinate in un nuovo titolo⁵⁶ del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea⁵⁷ (di seguito «TFUE») secondo le fonti di diritto comune⁵⁸, in particolare le direttive, e la procedura legislativa ordinaria sebbene con alcune specificità.

L'art. 67, par. 1, TFUE afferma che «l'Unione europea realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri». Ciò giustifica anche la previsione di un maggiore coinvolgimento dei parlamenti nazionali nel controllo politico degli atti e nel processo decisionale. Ai sensi dell'art. 69 TFUE in merito alle proposte ed alle iniziative legislative dell'Unione europea, spetta, infatti, ai Parlamenti nazionali vigilare sul rispetto da parte delle Istituzioni comunitarie del principio di sussidiarietà. Inoltre, ex art. 82, par. 3, TFUE qualora uno Stato membro eserciti il diritto di veto in merito all'adozione di un atto, la questione sarà rinviata al Consiglio europeo e la procedura legislativa ordinaria verrà sospesa per quattro mesi. Se entro questo termine permane il disaccordo, è riconosciuta la possibilità ad almeno nove Stati di instaurare una cooperazione rafforzata che determinerà una variabilità dell'ambito di applicazione soggettiva di suddetto atto.

Altra fondamentale novità è la previsione di cui all'art. 70 che consente al Consiglio di adottare atti che definiscono le modalità secondo le quali gli Stati membri, in collaborazione con la Commissione, procedono ad una valutazione oggettiva ed imparziale dell'attuazione, da parte delle autorità degli Stati membri, delle politiche dell'Unione europea⁵⁹.

⁵⁶ Il nuovo titolo «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia» comprenderà: capo I (Disposizioni generali), capo II (Politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione), capo III (Cooperazione giudiziaria in materia civile), capo IV (Cooperazione giudiziaria in materia penale), capo V (Cooperazione di polizia).

⁵⁷ Si tratta della nuova denominazione del Trattato che istituisce la Comunità europea.

⁵⁸ Sul punto va rilevato che nel Trattato di Lisbona vengono abbandonati i termini «legge» e «legge quadro» previsti dal Trattato costituzionale del 2004, *cit. supra*, nota 14. Infatti, il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) distingue gli atti legislativi (regolamenti, direttive e decisioni, adottati in base alla procedura legislativa di cui all'art. 289 del TFUE) ed atti non legislativi (regolamenti, direttive e decisioni delegate ex art. 290 del TFUE). Rimane, invece, la distinzione, già prevista dal Trattato costituzionale, tra procedura legislativa ordinaria (ossia la procedura di codecisione), disciplinata all'art. 291 del TFUE e la procedura legislativa speciale.

⁵⁹ Sul punto vedi G. CAGGIANO, *L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto*, in *Studi integr. eur.*, 2007, p. 335 ss., il quale osserva che questo meccanismo di sorveglianza multilaterale potrebbe produrre risultati positivi e di emu-

Va rilevato che il nuovo Trattato contiene altresì disposizioni *ad hoc* in tema di armonizzazione delle norme penali nazionali. Infatti, l'art. 83 prevede che il Parlamento europeo e il Consiglio possano stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente gravi che presentano una dimensione transnazionale. Tra queste sfere di criminalità viene espressamente indicato il traffico illecito di stupefacenti⁶⁰. Anche in questo caso è prevista la possibilità di almeno nove Stati di ricorrere alla cooperazione rafforzata in caso di disaccordo sull'adozione di una direttiva, finalizzata a dare una definizione comune dei reati e delle sanzioni.

Altre importanti conseguenze della comunitarizzazione delle disposizioni del Terzo Pilastro sono: il ricorso per interpretazione pregiudiziale proponibile da tutte le giurisdizioni nazionali di tutti gli Stati membri; il procedimento per infrazione contro gli Stati membri inadempienti; la legittimazione dei privati ad impugnare atti a portata generale direttamente applicabili adottati nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

A conclusione di questo lavoro va rilevato che, nonostante gli sforzi operati dal Trattato di Lisbona per dotare di efficacia diretta anche gli atti adottati in materia penale e rafforzare il controllo giudiziario sui meccanismi nazionali di attuazione delle norme europee, l'armonizzazione delle normative nazionali penali rimane subordinata alla volontà sovrana degli Stati membri.

Pertanto, anche quando con l'entrata in vigore di tale Trattato sarà possibile ricorrere, non già alla decisione quadro, ma alla direttiva per incriminare determinate condotte o aggravare il trattamento sanzionatorio per alcuni reati, l'efficacia di tale atto si limiterà ad imporre allo Stato membro una sua trasposizione in normativa interna, lasciando lo Stato membro libero non soltanto di scegliere le modalità di attuazione, ma anche di valutare l'accettazione politica, in termini di *an* e *quantum*, di limitazioni della sfera di libertà personale del cittadino. In mancanza di una espressa volontà da parte dei legislatori nazionali di procedere ad una trasposizione nelle normative nazionali di direttive, volte a creare nuove fattispecie penali o ad aggravare la responsabilità penale dell'imputato, neanche i giudici nazionali potranno sostituire i legislatori nazionali, unici detentori del monopolio della funzione incriminatrice, ed assicurare un'operatività degli atti normativi comunitari negli ordinamenti interni, data l'impossibilità di invocare il principio di interpretazione conforme.

lazione, ma il rischio istituzionale è che tale meccanismo potrebbe sminuire o ridimensionare il ruolo della Commissione nel controllo sull'attuazione e nella procedura di infrazione.

⁶⁰ Le sfere di criminalità indicate sono le seguenti: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di capitali, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata. Inoltre, l'art. 83 prevede espressamente che «in funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo. Esso delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo».

La conseguenza sarà che la sfiducia di taluni Stati membri potrà anche in futuro continuare a ritardare il processo di armonizzazione delle normative nazionali, così come è accaduto per la decisione quadro n. 2004/757/GAI, a causa delle diffidenze dimostrate dai Paesi che fino ad oggi hanno adottato normative più permissive in materia di stupefacenti.

Anna Amendola*

* Assegnista di ricerca in «Cooperazione giudiziaria nell'Unione europea ed ordinamento italiano» / Università degli Studi di Salerno.

DOCUMENTAZIONE

AIUTI DI STATO SELETTIVI: SONO ILLEGITTIME LE DETRAZIONI FISCALI SE NON SONO CONCESSE A TUTTE LE IMPRESE*

Aiuti di Stato: La Commissione approva il provvedimento italiano di riduzione del «cuneo fiscale»

La Commissione europea ha autorizzato, conformemente alle norme sugli aiuti di Stato previste dal Trattato che istituisce la Comunità europea, una misura fiscale adottata in Italia. La misura consente alcune deduzioni dall'imposta regionale sulle attività produttive (IRAP). La Commissione ha concluso che, in seguito all'introduzione di alcune modifiche da parte delle autorità italiane, il cosiddetto "cuneo fiscale" è diventata una misura di carattere generale, che non costituisce quindi un aiuto di Stato.

Il Commissario responsabile della concorrenza, Neelie Kroes, ha dichiarato: «Ho accolto con molto piacere l'atteggiamento del governo italiano, che ha deciso di trasformare il "cuneo fiscale" in una misura di carattere generale di cui può beneficiare l'intera economia italiana».

L'IRAP è un'imposta regionale che colpisce il valore aggiunto prodotto dalle imprese commerciali. Essa si calcola detraendo dalle entrate tutti i costi intermedi, quali i salari e le materie prime.

Nell'aprile 2007, l'Italia ha notificato una riduzione della base imponibile dell'IRAP, caratterizzata dalle seguenti deduzioni: *i.* 5.000 euro per dipendente a tempo indeterminato; *ii.* contributi assistenziali e previdenziali relativi a pensioni e ad assicurazione malattia e *iii.* contributi relativi agli infortuni sul lavoro.

Tali deduzioni si applicavano all'intera economia italiana ad eccezione dei set-

* Comunicato stampa della Commissione europea del 12 settembre 2007 (IP 07/1306). In data 12 settembre 2007 la Commissione europea ha inviato al Governo italiano la decisione con la quale ha ritenuto di «non sollevare obiezioni relativamente alla misura poiché essa non costituisce aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1 del Trattato Ce» (decisione n. C(2007) 4133 def. relativa all'aiuto di Stato n. N 184/2007). Il testo della decisione è reperibile sul sito internet: http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/. In argomento v. *infra*, p. 403 ss., il commento di FAUSTO CAPELLI.

tori bancario ed assicurativo, delle imprese operanti in concessione e a tariffa nei pubblici servizi e della pubblica amministrazione.

In seguito a contatti bilaterali, l'Italia ha accettato di estendere il campo di applicazione della misura ai settori bancario ed industriale.

Di conseguenza, soltanto i servizi pubblici gestiti sulla base di una tariffa regolamentata e di una concessione e la pubblica amministrazione rimangono attualmente esclusi. Secondo le autorità italiane, l'esclusione dei primi è necessaria per evitare casi di sovracompensazione, in quanto la tariffa regolamentata in base alla quale sono gestiti tiene conto dei costi fiscali, IRAP compresa. L'amministrazione pubblica non esercita solitamente attività economiche e non è quindi considerata un'impresa commerciale ai sensi delle norme in materia di aiuti di Stato.

Tali elementi hanno permesso alla Commissione di concludere che le esclusioni sono debitamente giustificate.

LE DETRAZIONI FISCALI CONCESSE ALLE IMPRESE CON LA «LEGGE FINANZIARIA 2007» (c.d. «CUNEO FISCALE») ALLA LUCE DELLA NORMATIVA COMUNITARIA SUGLI AIUTI DI STATO

Sommario: *Premesse - 1. In generale - 2. Le disposizioni relative alle detrazioni fiscali contestate - I. I precedenti giurisprudenziali - 1. La sentenza relativa alle agevolazioni concesse alle imprese italiane del settore tessile - 2. La sentenza relativa alle agevolazioni concesse ai trasportatori spagnoli - 3. La sentenza relativa alla disciplina della duplicità dell'aliquota fiscale - II. Valutazioni giuridiche - 1. Deduzione dei contributi assistenziali e previdenziali dalla base imponibile dell'Irap - 2. Agevolazione concessa alle imprese consistente in una deduzione dalla base imponibile dell'Irap di un importo pari a 5.000 euro per ogni lavoratore dipendente - a. La portata della sentenza Gil Insurance - b. Impatto della sentenza Gil Insurance sulla fattispecie in esame - 3. Agevolazione concessa alle imprese ubicate in otto regioni del Mezzogiorno d'Italia - III. Conclusioni.*

Premesse

1. IN GENERALE

Come si ricorderà, con la «legge finanziaria 2007», il Governo italiano, per rilanciare l'economia, ha adottato una serie di misure di carattere fiscale volte a ridurre l'impatto dell'IRAP (*Imposta Regionale sulle Attività Produttive*) sui conti delle imprese.

Tali misure agevolative riguardavano, nella loro versione originaria, le imprese italiane attive in tutti i settori economici ad eccezione di quelle operanti nei settori bancario ed assicurativo nonché delle c.d. «*public utilities*» (imprese operanti in concessione e a tariffa nei settori dell'energia, dei trasporti, delle poste etc.).

Tale trattamento differenziato aveva immediatamente suscitato dubbi circa la legittimità delle disposizioni italiane alla luce della normativa comunitaria sugli aiuti di Stato.

Per questo l'ABI (Associazione Bancaria Italiana) ha inoltrato un ricorso alla Commissione europea sostenendo l'incompatibilità di tali disposizioni con la predetta normativa sugli aiuti di Stato.

In prosieguo verranno esaminati i motivi di tale incompatibilità sotto il profilo giuridico. La Commissione europea, come risulta dal comunicato stampa sopra riportato, ha ritenuto sussistente la incompatibilità denunciata e ha imposto al Governo italiano di apportare alle disposizioni contestate le necessarie modifiche e integrazioni.

Prima di procedere all'esame della problematica, sotto il profilo giuridico, appare opportuno fornire dati precisi e puntuali relativamente alle disposizioni italiane concernenti le detrazioni fiscali sopra menzionate.

2. LE DISPOSIZIONI RELATIVE ALLE DETRAZIONI FISCALI CONTESTATE

Il comma 266 dell'art. 1 della «legge finanziaria 2007»¹, modificando l'art. 11 del dlgs 15 dicembre 1997 n. 446, consente tre agevolazioni a favore delle imprese italiane che devono essere esaminate alla luce della normativa comunitaria sugli aiuti di Stato, per verificarne la legittimità anche con riferimento alle modalità particolari con cui vengono applicate.

Dette agevolazioni consistono nella riduzione della base imponibile dell'IRAP in tre ipotesi distinte con riferimento a: *a.* un importo «*pari a 5.000 euro, su base annua, per ogni lavoratore dipendente a tempo indeterminato impiegato nel periodo di imposta*»; *b.* un importo «*fino a 10.000 euro, su base annua, per ogni lavoratore dipendente a tempo indeterminato impiegato nel periodo di imposta*» all'interno di otto regioni del Mezzogiorno (questa detrazione è indicata come "alternativa" a quella indicata sub *a.* e ad essa può essere applicata la disciplina *de minimis* di cui al regolamento Ce n. 69/2001; *c.* «*i contributi assistenziali e previdenziali relativi ai lavoratori dipendenti a tempo indeterminato*» su tutto il territorio nazionale.

La particolarità che caratterizza le agevolazioni fiscali sopra elencate è che le stesse vengono concesse a tutte le imprese eccetto:

«banche, gli altri enti finanziari, le imprese di assicurazione e le imprese operanti in concessione e a tariffa nei settori dell'energia, dell'acqua, dei trasporti, delle infrastrutture, delle poste, delle telecomunicazioni, della raccolta e della depurazione delle acque di scarico e della raccolta e smaltimento rifiuti».

Queste ultime imprese ("in concessione e a tariffa") possono essere definite come «*public utilities*» (operanti nel settore dei trasporti, dell'energia, etc.).

Le modalità di applicazione delle agevolazioni fiscali sopra indicate

¹ L. 27 dicembre 2006, n. 296. Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007), in *Guri* 27 dicembre 2006, n. 299, *suppl. ord.*

comportano, pertanto, un trattamento «selettivo», in quanto l'intervento del legislatore non riguarda tutte le imprese operanti in tutti i settori produttivi, ma ha escluso dalle agevolazioni determinate imprese operanti in particolari settori.

I. I precedenti giurisprudenziali

Quando uno Stato membro, mediante un intervento agevolativo mirato, concernente il settore fiscale o il settore previdenziale-contributivo oppure quello finanziario, opera una distinzione («trattamento selettivo»)² fra le imprese o fra i settori di attività delle imprese medesime, nel senso di favorire «talune imprese o talune produzioni», può violare l'art. 87 del Trattato Ce che vieta, come è noto, l'erogazione di aiuti mediante risorse pubbliche suscettibili di falsare la concorrenza, salva l'espressa autorizzazione da parte della Commissione europea.

Considerate le caratteristiche delle agevolazioni introdotte dalla legge finanziaria 2007 sopra descritte, occorre tener presenti i tre precedenti più significativi, deducibili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che, a nostro avviso, consentono di valutare con maggior precisione la portata delle agevolazioni sopra esaminate e la loro eventuale incompatibilità con il diritto comunitario.

Le tre sentenze, cui verrà fatto riferimento, saranno succintamente esaminate partendo dalla più antica (risalente al 1974) per giungere alle due più recenti (del 2003 e del 2004).

1. LA SENTENZA RELATIVA ALLE AGEVOLAZIONI CONCESSE ALLE IMPRESE ITALIANE DEL SETTORE TESSILE

La prima sentenza è stata emessa il 2 luglio 1974³.

Si tratta di una celebre sentenza che ha affrontato, per la prima volta, un caso evidente di «trattamento selettivo» in materia di contributi previdenziali. Lo Stato italiano, nel caso di specie, aveva operato una riduzione dei contributi per l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione soltanto a favo-

² Sull'incidenza del carattere selettivo nella valutazione degli aiuti di Stato cfr. C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, Cedam, 2002, p. 43; A. BLASI - F. MUNARI, *Aiuti concessi dagli Stati*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 592 ss., in particolare p. 597 s.; P. MENGIOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2006, p. 382 nonché G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2008, p. 815.

³ Causa n. 173/73, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1974, p. 709 ss. Per un commento v. I. M. BRAGUGLIA, in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, 1974, I, p. 1100 s.; P. KRSJAK, in *Gazette du Palais*, 1975, I, Jur., p. 481 s.

re delle imprese del settore tessile, motivando tale agevolazione con la necessità di attenuare uno svantaggio ai danni delle imprese tessili che, impiegando in prevalenza manodopera femminile, non potevano far beneficiare le maestranze, in misura adeguata, degli assegni familiari (spettanti in genere ai capifamiglia e, quindi, agli uomini), come invece avveniva nelle imprese operanti in altri settori che impiegavano in prevalenza manodopera maschile.

La Corte di giustizia, in tale sentenza, ha rigettato le motivazioni dell'Italia e ha considerato le agevolazioni sopra descritte come aiuti di Stato perché le stesse erano concesse in modo «selettivo».

2. LA SENTENZA RELATIVA ALLE AGEVOLAZIONI CONCESSE AI TRASPORTATORI SPAGNOLI

La successiva sentenza è stata emessa il 13 febbraio 2003⁴.

Anche questa sentenza ha destato molto interesse sotto diversi profili.

Per i fini della nostra analisi, possiamo limitarci ad osservare che la sentenza ha preso in esame, anche in questo caso, un esempio di «trattamento selettivo», ritenendolo illegittimo. Il Regno di Spagna, nel caso di specie, aveva concesso determinate sovvenzioni finanziarie, mediante erogazione di somme e di prestiti agevolati, ai trasportatori spagnoli (persone fisiche e piccole imprese, ad esclusione delle grandi imprese) che intendevano acquistare veicoli e mezzi di trasporto industriali nuovi, rottamando quelli vecchi che avevano superato una certa età.

La finalità era quella di ottenere un miglioramento della qualità dell'ambiente grazie alla riduzione dell'inquinamento dovuto ai gas di scarico dei vecchi motori ancora in circolazione. In questa sentenza la Corte di giustizia ha ritenuto giustificato il riferimento alla tutela dell'ambiente ed ha riconosciuto come applicabile la disciplina *de minimis*⁵ che, come è noto, consente di erogare legittimamente gli aiuti alle imprese, purché entro soglie limitate e predeterminate.

Ma per quanto riguarda il «trattamento selettivo», la Corte ha invece con-

⁴ Causa n. C-409/00, *Regno di Spagna c. Commissione*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 1487 ss. V. il commento di S. POILLOT-PERUZZETTO, in *Contrats - concurrence - consommation*, 2003, n. 114, p. 24 s.

⁵ Sugli aiuti *de minimis* v. Regolamento (Ce) n. 69/2001 della Commissione, del 12 gennaio 2001, relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato CE agli aiuti d'importanza minore ("de minimis"), in *Guce* n. L 10 del 13 gennaio 2001, p. 30; Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'art. 81, par. 1, del Trattato che istituisce la Comunità europea (de minimis), in *Guce* n. C 368 del 22 dicembre 2001, p. 13 ss. e Regolamento (Ce) n. 1998/2006 della Commissione, del 15 dicembre 2006, relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato agli aiuti d'importanza minore (de minimis), in *Gu-Ue* n. L 379 del 28 dicembre 2006, p. 5 ss. In dottrina v. P. NICOLAIDES, *Puzzles of state aid: structural funds, cumulation and de minimis*, in *European state aid law quarterly*, 2005, n. 3, p. 433-440; M. BERGHOFER, *The new de minimis regulation: enlarging the sword of Damocles?*, in *European state aid law quarterly*, 2007, n. 1, p. 11 ss.; P. NICOLAIDES - M. KLEIS - M. KEKELEKIS, *Cumulation of De minimis aid to enterprises that form a single economic unit*, in *European state aid law quarterly*, 2008, n. 1, p. 48-54.

siderato non fondata la pretesa del Regno di Spagna di escludere dal trattamento agevolato le imprese di maggiori dimensioni che avrebbero anch'esse potuto acquistare veicoli nuovi, come le imprese di piccole dimensioni, determinando gli stessi effetti sotto il profilo della protezione dell'ambiente.

3. LA SENTENZA RELATIVA ALLA DISCIPLINA DELLA DUPLICITÀ DELL'ALiquOTA FISCALE

L'ultima sentenza, emessa il 29 aprile 2004⁶, ha affrontato un caso nuovo e interessante, concernente l'applicazione, nel Regno Unito, di due aliquote fiscali diverse sugli stessi contratti di assicurazione riferiti ad una sola categoria di prodotti e ad una sola categoria di servizi.

In estrema sintesi, il caso può essere riassunto in questi termini. Nel Regno Unito, per quanto riguarda i contratti di assicurazione, veniva applicata dal 1994 un'imposta sui premi assicurativi, relativi ai prodotti ed ai servizi, con un'aliquota base pari al 2,5%.

Con la legge finanziaria del 1997, tale aliquota base del 2,5% è stata mantenuta per la generalità dei prodotti e dei servizi, mentre è stata elevata al 17,5% unicamente per i premi assicurativi relativi agli autoveicoli, agli elettrodomestici e ai viaggi. La società di assicurazione *Gil Insurance* ha impugnato tale legge davanti al giudice britannico ed ha contestato, nella successiva causa davanti alla Corte di giustizia, l'illegittimità del «trattamento selettivo».

La Corte di giustizia ha considerato legittima la tassazione differenziata perché ha trovato ragionevole la motivazione addotta dal Regno Unito per giustificarla.

Nel caso di specie, infatti, il Regno Unito ha potuto dimostrare che l'aliquota più elevata era necessaria per impedire che si verificassero manovre di elusione fiscale da parte delle società di assicurazione, in considerazione delle particolari modalità di applicazione dell'IVA che veniva contemporaneamente applicata nei tre settori sopra menzionati.

Lo scopo era quindi quello di proteggere le entrate fiscali che sarebbero diminuite per effetto di manovre elusive difficilmente evitabili.

⁶ Causa n. C-308/01, *Gil Insurance Ltd. c. Commissioners of Customs & Excise*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 4777 ss. Cfr. L. VALENTINO, *L'esatta individuazione dell'intervento statale delimita il campo di applicazione della normativa comunitaria*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, p. 1410 ss.; A. ROBERTSON, *State Aid and Reference Policy after GIL Insurance*, *ECLR*, 2004, p. 603 ss.; M. TUTSCH, *Zulässigkeit der Einführung oder Beibehaltung einer Abgabe auf Versicherungsverträge*, in *European Law Reporter*, 2004, p. 264 s.; J. J. P. SWINKELS, *Belastingregels kunnen verboden staatssteun vormen*, in *S.E.W. Sociaal-economische wetgeving*, 2005, p. 1145 ss.

II. Valutazioni giuridiche

Dopo aver rapidamente sintetizzato i precedenti giurisprudenziali, procediamo ora ad un esame critico della giurisprudenza della Corte di giustizia facendo riferimento alle agevolazioni fiscali introdotte dalla legge finanziaria 2007 sopra esaminate.

Le tre sentenze, sopra sintetizzate, sono di sicura utilità per studiare il problema che qui interessa per consentire una valutazione adeguata del problema medesimo.

Ciascuna delle tre sentenze fornisce, in effetti, un suo contributo specifico che si rivela utile per l'approfondimento di ogni singolo aspetto del problema.

1. DEDUZIONE DEI CONTRIBUTI ASSISTENZIALI E PREVIDENZIALI DALLA BASE IMPONIBILE DELL'IRAP

Per valutare adeguatamente la legittimità della disposizione relativa alla deduzione dalla base imponibile dei contributi assistenziali e previdenziali⁷, che consente alle imprese italiane, indipendentemente dal settore nel quale operano, di dedurre dalla base imponibile dell'IRAP «*i contributi assistenziali e previdenziali relativi ai lavoratori dipendenti a tempo indeterminato*», occorre prendere in considerazione soprattutto la sentenza emessa contro l'Italia nella causa n. 173/73, che è stata sopra brevemente sintetizzata.

Le analogie tra la disciplina introdotta dalla legge finanziaria 2007 e quella della legge presa in esame in tale sentenza sono evidenti.

Anche nella fattispecie della causa n. 173/73 vi era stato, in sostanza, uno sgravio di oneri previdenziali a favore delle imprese tessili italiane, che venivano poste in una posizione di vantaggio rispetto alle altre imprese operanti in tutti gli altri settori.

La differenza tra le due discipline sta nel fatto che la legge finanziaria del 2007 concede la deduzione dei contributi previdenziali a favore della generalità delle imprese con la sola eccezione delle banche, delle società di assicurazione e delle «*public utilities*», mentre la legge considerata nella causa n. 173/73 concedeva gli sgravi a favore di una sola categoria di imprese, escludendo dal beneficio tutte le altre.

La differenza, pertanto, è innanzitutto quantitativa, e, sotto il profilo economico, è evidente che il sistema di deduzione introdotto con la legge finanziaria del 2007 incide sulla concorrenza fra le imprese europee in modo molto più sensibile rispetto a quello a suo tempo previsto dalla legislazione considerata nella sentenza n. 173/73, che riguardava la sola categoria delle imprese tessili italiane.

⁷ Cfr. art. 11, par. 1, lett. *a.*, punto n. 3 del dlgs 15 dicembre 1997 n. 446, così come modificato dall'art. 1, comma 266, della «legge finanziaria 2007».

Per quanto riguarda il profilo giuridico, il «carattere selettivo» che la Corte di giustizia aveva riscontrato nella legislazione presa in esame nella causa n. 173/73, fondandovi la sua decisione di condanna, permane anche nel sistema introdotto dalla finanziaria del 2007.

Il "carattere selettivo", in effetti, non viene meno per il fatto che un'agevolazione venga concessa ad un numero rilevante di imprese operanti nei più diversi settori.

A tale proposito, la Corte di giustizia, nella causa n. C-409/00 (*Commissione c. Regno di Spagna*) decisa con la sentenza in data 13 febbraio 2003, che abbiamo più sopra sintetizzato, ha espressamente dichiarato che:

«La circostanza che il numero di imprese che possono pretendere di beneficiare della misura in questione sia assai rilevante, o che tali imprese appartengano a settori di attività diversi, non è sufficiente per far venire meno il carattere selettivo della misura medesima e, quindi, per escludere la qualifica di aiuti di Stato»⁸.

Dalle considerazioni sopra svolte si deduce, quindi, che anche le agevolazioni contenute nella legge finanziaria 2007, consistenti nella deduzione dei contributi previdenziali a favore della generalità delle imprese, con esclusione di quelle sopra indicate, essendo concesse in modo selettivo, devono essere considerate aiuti di Stato e quindi vietate ai sensi dell'art. 87 del Trattato Ce.

2. AGEVOLAZIONE CONCESSA ALLE IMPRESE CONSISTENTE IN UNA DEDUZIONE DALLA BASE IMPONIBILE DELL'IRAP DI UN IMPORTO PARI A 5.000 EURO PER OGNI LAVORATORE DIPENDENTE

Come sopra accennato, la disposizione qui esaminata⁹ consente di applicare le aliquote fiscali, normalmente previste dalla legge, su una base imponibile che viene ridotta dell'importo stabilito dalla disposizione medesima, con un vantaggio fiscale evidente per le imprese (e di facile determinazione).

A ben vedere, il risultato raggiunto con l'agevolazione qui esaminata, potrebbe essere anche ottenuto riducendo l'aliquota dell'imposta da applicare e lasciando inalterata la base imponibile.

In altre parole, il vantaggio fiscale che si vuol concedere alle imprese potrebbe essere concesso, con gli stessi risultati, o riducendo la base imponibile sulla quale si applica l'aliquota normale dell'imposta, oppure riducendo l'aliquota che viene applicata alla base imponibile correttamente calcolata.

Questa equiparazione consente di estendere, senza difficoltà, la giurisprudenza della Corte di giustizia pronunciata nella sentenza *Gil Insurance* del 29 aprile 2004, sopra sintetizzata, alla fattispecie che stiamo ora esaminando.

⁸ In *Raccolta*, 2003, I, p. 1536, punto 48.

⁹ Cfr. art. 11, par. 1, lett. a., punto n. 2 del decreto legislativo 15 dicembre 1997 n. 446, così come modificato dall'art. 1, comma 266, della «legge finanziaria 2007».

a. *La portata della sentenza Gil Insurance*

Se si analizza con attenzione la sentenza *Gil Insurance*, si comprende immediatamente che tanto le agevolazioni fiscali consistenti in una riduzione dell'aliquota, quanto quelle consistenti in una riduzione della base imponibile, devono essere considerate aiuti di Stato vietati dall'art. 87 del Trattato Ce.

Precisa infatti la sentenza *Gil Insurance* al punto n. 69 che:

«La nozione di aiuti di Stato ricomprende le agevolazioni concesse dalle autorità pubbliche che, sotto varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa»¹⁰.

È esattamente questo il risultato prodotto dall'agevolazione fiscale introdotta dalla legge finanziaria 2007 che stiamo esaminando.

Perché un'agevolazione fiscale possa essere compatibile con la normativa comunitaria, dovrebbe rispondere soprattutto a due requisiti: o trovare un'applicazione generalizzata nei confronti di tutte le imprese, senza distinzione alcuna, oppure essere giustificata da validi motivi.

Per quanto riguarda il primo requisito, esso si identifica, come è noto, nell'assenza del «carattere selettivo» del provvedimento fiscale che concede l'agevolazione.

Se infatti la manovra fiscale riguarda tutte le imprese e non opera discriminazioni, la stessa trova il suo fondamento giustificativo nella potestà esclusiva dello Stato in materia fiscale che può autonomamente decidere le modalità di applicazione delle imposte.

La Corte di giustizia ha ribadito questo principio in un'importante sentenza pronunciata in data 8 novembre 2001 in causa n. C-143/99¹¹ dichiarando nel dispositivo n. 1 che:

«Provvedimenti nazionali che prevedono un parziale rimborso delle imposte sull'energia (...) non costituiscono aiuti di Stato ai sensi dell'art. 87 del Trattato Ce, qualora si applichino a tutte le imprese ubicate nel territorio nazionale, a prescindere dall'oggetto della loro attività»¹².

¹⁰ In *Raccolta*, 2004, I, p. 4823.

¹¹ *Adria-Wien Pipeline*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 8384 ss. V. i commenti di F. P. SUTTER, *The Adria Wien Pipeline Case and the State Aid Provisions of the EC Treaty in Tax Matters*, in *European Taxation*, 2001, p. 239 ss.; ID., *EuGH: Beihilfencharakter der Vergütung von Energieabgaben*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002, p. 215 ss.; P. DIMAN, *No taxation ... with discrimination. Per la Corte le normative fiscali interne non possono discriminare le imprese in base al "fulcro" della loro attività*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2002, p. 371 ss.; D. ARDOLINO, *Il caso Adria-Wien: come la disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato può risultare inutile e, talvolta, finanche dannosa*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 2002, n. 1, p. 92 ss.; C. GOLFINOPOULOS, *Concept of Selectivity Criterion in State Aid Definition Following the Adria-Wien Judgment - Measures Justified by the "Nature of General Scheme of a System"*, *ECLR*, 2003, p. 543 ss.

¹² In *Raccolta*, 2001, I, p. 8400 ss.

Come si vede, pertanto, il provvedimento fiscale, per essere legittimo, deve riguardare tutte le imprese e non soltanto una parte di esse.

Per quanto riguarda, invece, il secondo requisito, lo stesso si identifica nella presenza di una valida motivazione sulla quale il provvedimento agevolativo deve fondarsi.

Questo principio risulta a sua volta ribadito, in modo evidente, nella stessa sentenza *Gil Insurance* qui esaminata. Al punto n. 73 di tale sentenza¹³, infatti, la Corte di giustizia, dovendo risolvere il problema della legittimità delle due aliquote applicate alla stessa categoria di beni o di servizi, afferma che:

«(...) occorre accertare se l'applicazione dell'aliquota più elevata dell'IPT [Insurance Premium Tax] ad una parte determinata dei contratti di assicurazione, previamente assoggettati all'aliquota base [più ridotta], sia giustificata dalla natura e dalla struttura del sistema nel quale rientra tale imposta».

Dopo tale accertamento, la Corte arriva a ritenere che l'applicazione della doppia aliquota appare giustificata da una valida motivazione, in quanto:

«Non si tratta di un regime tributario che favorisce un settore determinato, perché si tratta di un sistema di imposizione dei premi di assicurazione, inteso a compensare il mancato assoggettamento all'IVA di cui beneficiano le operazioni di assicurazione»¹⁴.

Di conseguenza la Corte di giustizia conclude che:

«l'applicazione dell'aliquota più elevata dell'IPT ad una parte determinata dei contratti di assicurazione previamente assoggettati all'aliquota base, deve essere considerata giustificata dalla natura e dalla struttura del sistema nazionale di imposizione delle assicurazioni. Pertanto, il regime dell'IPT non può essere considerato nel senso che costituisce una misura di aiuto di cui all'art. 87, n. 1 Trattato Ce»¹⁵.

Volendo, a nostra volta, rapidamente concludere con riferimento alla tesi espressa dalla Corte di giustizia nella sentenza *Gil Insurance* appena esaminata, possiamo riconoscere che nella fattispecie decisa dalla Corte il provvedimento fiscale contestato era, come tale, senz'altro suscettibile di violare la normativa in materia di aiuti di Stato, ma appariva giustificato da validi motivi che ne hanno evitato l'assoggettamento ai divieti previsti dalla normativa medesima.

b. *Impatto della sentenza Gil Insurance sulla fattispecie in esame*

Comparando ora il provvedimento fiscale contenuto nella legge finanziaria 2007, qui considerato, con quello esaminato nella sentenza *Gil Insurance*,

¹³ In *Raccolta*, 2004, I, p. 4824 ss.

¹⁴ In *Raccolta*, 2004, I, p. 4825, punto 76.

¹⁵ Punto 78 della sentenza.

possiamo rilevare che il primo introduce un vantaggio fiscale in favore della generalità delle imprese escludendo determinate imprese operanti in determinati settori, mentre il provvedimento dell'IPT escludeva dal trattamento fiscale più favorevole, che continua invece ad essere applicabile alla generalità delle imprese assicuratrici, soltanto determinate imprese di assicurazione operanti in determinati settori.

La differenza, come si vede, è unicamente di forma perché, nella sostanza, il risultato è il medesimo. In altre parole, in entrambi i casi, la generalità delle imprese ha un trattamento fiscale diverso e più favorevole rispetto a quello applicabile a una minoranza di esse.

Dovendo ora accertare se, nel caso del provvedimento qui considerato (legge finanziaria 2007), possano sussistere giustificazioni valide di ordine tecnico-giuridico, sembra ovvio concludere che nessuna valida motivazione sussiste, in quanto l'esclusione dall'agevolazione fiscale quantomeno delle banche e delle società di assicurazione è avvenuta unicamente per motivi economici, vale a dire allo scopo di mantenere inalterate le entrate derivanti dalle imposte pagate da tali imprese (che si sarebbero ovviamente ridotte nel caso in cui le agevolazioni fiscali fossero state anche ad esse estese)¹⁶.

In assenza, pertanto, di una valida motivazione in grado di giustificare la mancata estensione dell'agevolazione fiscale alle imprese bancarie ed assicurative che ne sono state escluse, il provvedimento finisce per assumere un «carattere selettivo» che lo rende incompatibile con la normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato.

A questa conclusione si perviene agevolmente sulla base delle argomentazioni più sopra svolte. Tale conclusione viene anche confermata dal dispositivo n. 2 della sentenza *Adria-Wien Pipeline*, sopra richiamata, secondo cui:

«Devono essere considerati aiuti di Stato ai sensi dell'art. 87 del Trattato Ce, i provvedimenti nazionali che prevedono un rimborso parziale

¹⁶ All'inizio si poteva pensare che la scelta di escludere dalle agevolazioni fiscali le «*public utilities*» fosse anche dovuta alla convinzione che queste imprese, svolgendo un'attività prevalentemente in ambito locale (trasporti urbani; distribuzione di acqua, luce, gas; raccolta e smaltimento dei rifiuti, etc.) non rientrassero tra quelle assoggettate alla disciplina degli aiuti di Stato, in quanto la loro attività non sarebbe destinata ad incidere sugli «scambi tra Stati membri», come richiede l'art. 87 del Trattato Ce. Ma se una tale convinzione poteva avere un qualche fondamento giuridico alla fine degli anni '90 quando le attività svolte dalle «*public utilities*» non risultavano ancora liberalizzate ed erano quindi sottratte alla concorrenza, la stessa non avrebbe più avuto oggi giorno alcun fondamento, dato che tutte le attività svolte dalle «*public utilities*» sono ora completamente liberalizzate e ad esse si applicano integralmente le norme sulla concorrenza e sugli aiuti di Stato. A tale proposito conviene ricordare che, per la Commissione europea, le «*public utilities*» risultavano addirittura assoggettate alla disciplina degli aiuti di Stato anche negli anni '90, come risulta dalla sua decisione n. 2003/193 del 5 giugno 2002 (*Gu-UE* n. L 77 del 24 marzo 2003) adottata nei confronti delle *ex-municipalizzate* italiane che avevano beneficiato, negli anni 1996-1998, di particolari agevolazioni fiscali concesse dallo Stato per favorirne il processo di privatizzazione. In ogni caso, come riconosce la Commissione europea nel comunicato stampa, sopra riportato, l'esclusione delle «*public utilities*» dal beneficio fiscale previsto dalla legge finanziaria 2007 viene accettata perché ritenuta giustificata da ragioni di tecnica fiscale impositiva.

delle imposte sull'energia (...) solo a favore delle imprese che hanno, provatamente, come attività principale la produzione di beni materiali»¹⁷.

Come si vede, il «carattere selettivo» del provvedimento determina l'illegittimità del medesimo con riferimento alla normativa sugli aiuti di Stato. Non importa se il provvedimento disponga il beneficio a favore della maggioranza o della minoranza delle imprese. Determinante è il fatto che le imprese non risultino tutte assoggettate allo stesso trattamento fiscale e che non sussista un valido motivo per giustificare tale diverso trattamento.

In questo senso si è pronunciata d'altra parte, il 15 dicembre 2005, la Corte di giustizia anche nelle cause portate davanti ad essa dallo Stato italiano¹⁸ e da varie banche italiane¹⁹ contro la decisione della Commissione n. 2001/581²⁰ relativa alle agevolazioni fiscali concesse a favore delle banche italiane.

Nella sentenza relativa alla causa, appena citata, tra l'Italia e la Commissione europea (n. 66/2002), la Corte ha precisato che le agevolazioni concesse dall'Italia prevalentemente alle banche:

«99. Non applicandosi a tutti gli operatori economici, esse non possono essere considerate come misure generali di politica fiscale o economica.

100. Esse derogano, in realtà, al regime fiscale di diritto comune. Le imprese beneficiarie godono di sgravi fiscali ai quali esse non avrebbero diritto nell'ambito della normale applicazione di tale regime e che non possono essere pretesi da imprese di altri settori che svolgano operazioni analoghe o da imprese del settore bancario che non svolgano operazioni del genere di quelle considerate.

101. Le misure controverse non sono giustificate dalla natura e dalla struttura del sistema fiscale in questione (v., per analogia, sentenza 2 luglio 1974, causa n. 173/73, Italia c. Commissione, Raccolta, p. 709, punto 33). Esse non costituiscono un adattamento del sistema generale a caratteristiche specifiche delle imprese

¹⁷ In *Raccolta*, 2001, I, p. 8400.

¹⁸ Sentenza del 15 dicembre 2005 in causa n. C-66/2002, *Repubblica italiana c. Commissione*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 10901 ss. V. i commenti di J.-Y. CHEROT, *Restructuration - Privatisation - Secteur bancaire: Un processus de privatisation engagé par un Etat membre ne peut être considéré, en soi, comme constituant un projet d'intérêt européen commun*, in *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, 2006, n. 1, p. 168; L. IDOT, *Restitution des aides à la suite d'une décision d'incompatibilité*, in *Europe*, 2006, Février, Comm. n. 59, p. 27; M. LE BERRE, *New Pleas, Amplification of Pleas, Definition of State aid*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2006, p. 325 ss.; S. GIANONCELLI, *Gli incentivi fiscali alla riforma del sistema bancario italiano al vaglio della Corte di Giustizia europea*, in *Rassegna tributaria*, 2006, p. 652 ss.

¹⁹ Ad esempio, *Unicredito*: v. la sentenza del 15 dicembre 2005 in causa n. C-148/04, *Unicredito Italiano SpA c. Agenzia delle Entrate, Ufficio Genova I*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 11137 ss. V. i commenti di: - J.-Y. CHEROT, *Récupération de l'aide - Principe de protection de la confiance légitime - Principe de proportionnalité: Le fait qu'un régime d'aides partage avec des réglementations plus anciennes, contre lesquelles la Commission n'a élevé aucune objection, les mêmes objectifs de libéralisation et de privatisation d'un secteur bancaire national, ne peut constituer une circonstance exceptionnelle justifiant la confiance légitime dans l'octroi de l'aide*, in *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, 2006, n. 1, p. 169 s.; C. SEITZ, *Europarechtswidrigkeit italienischer Steuervergünstigungen für Banken*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2006, p. 214 ss.

²⁰ In *Guce* n. L 184 del 13 luglio 2002.

bancarie. Dagli atti di causa risulta che esse sono state espressamente presentate dalle autorità nazionali come un mezzo per migliorare la competitività di talune imprese in un dato momento dell'evoluzione del settore».

Come si vede, pertanto, proprio con riferimento ad una fattispecie che vedeva le banche in una posizione fiscale diversa e più favorevole rispetto a quella riservata alle altre imprese, la Corte di giustizia ha ribadito la propria giurisprudenza, considerando le agevolazioni fiscali selettive contrarie alla normativa comunitaria sugli aiuti di Stato.

3. AGEVOLAZIONE CONCESSA ALLE IMPRESE UBICATE IN OTTO REGIONI DEL MEZZOGIORNO D'ITALIA

Questa agevolazione²¹ si distingue da quella sopra esaminata *sub* 2. principalmente sotto due profili.

Sotto il primo profilo, l'agevolazione non viene estesa alla generalità delle imprese operanti nell'intero territorio dello Stato italiano ma soltanto a quelle che operano nelle otto regioni del Mezzogiorno (rimanendo sempre escluse dalle agevolazioni le banche, le società di assicurazione e le «*public utilities*», pur se operanti nelle stesse regioni del Mezzogiorno).

Sotto il secondo profilo, l'agevolazione qui esaminata è dichiarata «alternativa» a quella in precedenza analizzata e consente all'impresa di elevare l'importo della detrazione fino ad un limite massimo di 10.000 euro per dipendente.

Il termine «alternativo», usato dalla disposizione, appare chiaramente errato. La disposizione avrebbe dovuto infatti precisare che l'agevolazione qui considerata è "sostitutiva" della precedente (pari a 5.000 euro per dipendente impiegato) e con essa non cumulabile, per quanto riguarda le imprese operanti nelle otto regioni del Mezzogiorno.

È evidente infatti che nessuna impresa, operante in una delle otto regioni del Mezzogiorno, utilizzerebbe l'agevolazione meno favorevole di 5.000 euro, per ogni dipendente impiegato, *in alternativa* ad un'agevolazione che prevede una detrazione di un ammontare doppio (fino a 10.000 euro)!

Per quanto riguarda l'agevolazione alle otto regioni del Mezzogiorno, appare evidente che la loro legittimità dovrà essere valutata dalla Commissione alla luce dei recenti «*Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale (2007-2013)*»²².

²¹ Si tratta di un'agevolazione consistente in una deduzione dalla base imponibile di un importo fino a 10.000 euro per anno, per ogni lavoratore dipendente (art. 11, par. 1, lett. *a.*, punto n. 2 *bis* del dlgs 15 dicembre 1997 n. 446).

²² In *Gu-Ue* n. C 54 del 4 marzo 2006.

Anche ammettendo, però, che l'agevolazione qui esaminata possa essere considerata compatibile con le disposizioni in materia di aiuti di Stato e a finalità regionale, sussiste pur sempre il problema del «carattere selettivo» del provvedimento che lo renderebbe comunque illegittimo per le considerazioni in precedenza svolte.

III. Conclusioni

Dalle considerazioni in precedenza svolte si desume, in modo evidente, che le disposizioni della «legge finanziaria 2007» nella loro versione originaria, non essendo applicabili uniformemente a tutte le imprese italiane (con esclusione, dal beneficio in esse previsto, delle banche e delle società di assicurazione), risultavano in contrasto con la normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato.

Come già accennato, la presa di posizione della Commissione europea, opportunamente sollecitata, ha costretto il Governo italiano ad estendere le detrazioni fiscali anche alle banche e alle società di assicurazione allo scopo di evitare una decisione negativa da parte della Commissione medesima.

Come risulta precisato nel comunicato stampa della Commissione, sopra riportato, il Governo italiano è riuscito a convincere la Commissione circa la legittimità dell'esclusione dai benefici fiscali delle sole «*public utilities*», modificando, in conseguenza, le disposizioni contestate mediante l'adozione del decreto legge n. 81 del 2 luglio 2007²³ che ha definitivamente sanato il contenzioso tra il Governo italiano e la Commissione europea.

Prima, però, di adeguare la «legge finanziaria 2007» alle prescrizioni imposte dalla Commissione, il Governo italiano, pressato dalla necessità di rendere applicabili i benefici fiscali alla generalità delle imprese, entro i termini previsti dalla legge, aveva modificato, con l'art. 1 del D.L. 28 maggio 2007, n. 67, il comma 267 dell'art. 1 della legge 27 dicembre 2006 n. 296 (legge finanziaria 2007), sopprimendo la frase: «*subordinatamente all'autorizzazione delle competenti autorità europee*».

Con tale modifica, pertanto, il Governo italiano aveva ammesso esplicitamente di violare la normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato, consentendo alle imprese italiane di beneficiare delle agevolazioni tributarie contestate a far tempo dall'entrata in vigore del predetto decreto legge, senza attendere la necessaria autorizzazione della Commissione europea.

²³ D.L. n. 81 del 2 luglio 2007, Disposizioni urgenti in materia finanziaria, in *Guri* n. 151 del 2 luglio 2007, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, l. n. 127 del 3 agosto 2007, in *Guri* n. 190 del 17 agosto 2007, *suppl. ord.*), entrata in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione.

Questa infrazione è stata successivamente sanata, come sopra riferito, grazie al decreto legge n. 81 del 2 luglio 2007 che ha esteso i benefici fiscali contestati anche alle banche e alle società di assicurazione.

Se tale infrazione non fosse stata sanata con la disposizione di legge appena citata, sarebbe stato possibile alle banche e alle società di assicurazione agire davanti all'autorità giudiziaria italiana per tutelare i propri diritti e interessi. Infatti, in caso di patente violazione della normativa comunitaria sugli aiuti di Stato, come quella appena segnalata, non solo la Commissione europea può prendere posizione nei confronti dello Stato inadempiente, ma anche gli stessi giudici dello Stato considerato.

In particolare, nel caso di specie, le banche e le società di assicurazione italiane, le quali si fossero ritenute danneggiate da una normativa interna erogatrice di aiuti, che risultava applicata senza la prescritta autorizzazione della Commissione europea, avrebbero potuto rivolgersi al giudice nazionale competente per far sospendere l'erogazione dell'aiuto illegittimo, con la possibilità di chiedere, eventualmente, il risarcimento dei danni subiti.

Un'azione siffatta sarebbe stata senz'altro esperibile sulla base della celebre sentenza della Corte di giustizia pronunciata l'11 luglio 1996 in causa n. C-39/94, *SFEI*²⁴, nella quale la Corte ha precisato i poteri di intervento dei giudici nazionali.

Il dispositivo n. 1 di tale sentenza risulta così formulato:

«Un giudice nazionale, cui è stato chiesto di trarre le conseguenze della violazione dell'art. 93, n. 3, ultima frase, del Trattato, in pendenza di un ricorso parallelo alla Commissione, la quale non si sia ancora pronunciata sul quesito se le misure statali di cui trattasi costituiscano o meno aiuti di Stato, non è tenuto né a declinare la propria competenza né a sospendere il procedimento fino alla decisione della Commissione sul carattere di tali misure. Per determinare se queste ultime dovessero essere notificate alla Commissione, il giudice nazionale può essere indotto ad interpretare e ad applicare la nozione di aiuto. In caso di dubbio, può chiedere chiarimenti alla Commissione. Inoltre, può o deve, in conformità all'art. 177, secondo e terzo comma, del Trattato CE, sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale. In caso di consultazione della Commissione o di rinvio pregiudiziale alla Corte,

²⁴ In *Raccolta*, 1996, I, p. 3547 ss. V. i commenti di A. ADOTTI, *Il ruolo del giudice nazionale nell'applicazione dell'art.93.3 del Trattato CE in materia di aiuti statali alle imprese con riferimento alla recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 1996, p. 721 ss.; G. P. MANZELLA - C. NIZZO, *Giudice nazionale ed aiuti di stato non notificati*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, p. 1128 ss.; F. RON MARTÍN, *Conflicto de competencias entre la Comisión Europea y los órganos jurisdiccionales nacionales en el ámbito del Derecho de la Competencia*, in *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, Boletín 1996, n. 119 p. 5 ss.; G. ABBAMONTE, *Competitors' Rights to Challenge Illegally Granted Aid and the Problem of Conflicting Decisions in the Field of Competition Law*, *ECLR*, 1997, p. 87 ss.; P. LAURENT, *Les juridictions nationales en présence d'une aide d'état non notifiée*, in *Contrats - concurrence - consommation*, 1997, n. 3, p. 4 s.; C. PELLISÉ, *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, in *Revista Jurídica de Catalunya*, 1997, p. 583 ss.; M. STRUYS, *SFEI - A Missed Opportunity?*, in *Irish Journal of European Law*, 1997, p. 181 ss.

esso deve valutare la necessità di disporre misure provvisorie, per la salvaguardia degli interessi delle parti in attesa della sua pronuncia definitiva²⁵».

Orbene, come si comprende agevolmente dal dispositivo n. 1 della sentenza *SFEI*, appena riportato, il giudice nazionale che fosse stato chiamato a decidere in relazione alla legittimità della detrazione fiscale qui considerata, sulla quale la Commissione europea non si era ancora pronunciata, non avrebbe avuto soltanto il potere-dovere di rivolgersi alla Commissione europea (per consultazioni) e alla Corte di giustizia (per provocarne una pronuncia interpretativa mediante l'avvio di un procedimento pregiudiziale ex art. 234 del Trattato Ce) ma anche quello di procedere direttamente all'adozione di provvedimenti cautelari «*per la salvaguardia degli interessi delle parti in attesa della sua pronuncia definitiva*».

In altre parole, il giudice avrebbe avuto il potere di inibire l'erogazione dei benefici fiscali fino a quando la Commissione europea non si fosse pronunciata²⁶.

Fortunatamente, nella fattispecie qui esaminata, l'acquiescenza manifestata dal Governo italiano ha consentito di risolvere la controversia senza la necessità di far intervenire i giudici nazionali.

Fausto Capelli

²⁵ In *Raccolta*, 1996, I, p. 3600 ss.

²⁶ Su tali aspetti, v. più diffusamente E. FONTANA, *Aiuti di Stato e diretta efficacia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, p. 66 ss. e p. 174 ss. nonché C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese*, cit. *supra*, nota 2, p. 322 ss.

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 13-14 marzo 2008*

La riunione del Consiglio europeo è stata preceduta da una presentazione del signor Hans-Gert Pöttering, Presidente del Parlamento europeo, seguita da uno scambio di opinioni.

1. I fondamentali economici dell'Unione europea rimangono sani: dal 2005 i disavanzi pubblici si sono più che dimezzati e il debito pubblico è anch'esso sceso al di sotto del 60%. La crescita economica ha raggiunto il 2,9% nel 2007, ma sarà probabilmente più bassa quest'anno. Negli ultimi due anni sono stati creati 6,5 milioni di posti di lavoro. Sebbene abbiano svolto un ruolo fattori congiunturali, questi sviluppi sono stati agevolati dalle riforme strutturali intraprese negli ultimi anni nel quadro della strategia di Lisbona e dagli effetti positivi dell'euro e del mercato unico.

2. Tuttavia, le prospettive economiche mondiali si sono recentemente deteriorate in seguito ad un rallentamento dell'attività economica negli Stati Uniti, all'aumento dei prezzi del petrolio e delle materie prime e alla turbolenza in corso nei mercati finanziari. La volatilità eccessiva e le oscillazioni disordinate dei tassi di cambio non giovano alla crescita economica. Nell'attuale situazione preoccupano i movimenti eccessivi dei tassi di cambio. È per questo che è tanto più essenziale per l'Unione non cadere nell'autocompiacimento e sostenere gli sforzi di riforma attraverso la piena attuazione dei programmi nazionali di riforma e degli orientamenti integrati per la crescita e l'occupazione. Occorre proseguire gli sforzi per completare e rafforzare il mercato interno. Le politiche economiche e finanziarie, strettamente coordinate, devono essere orientate a garantire la stabilità macroeconomica, cogliendo le opportunità della globalizzazione e affrontando le sfide che ci attendono, fra cui l'invecchiamento della popolazione, il cambiamento climatico e l'energia. Per assicurare una maggiore stabilità dei mercati finanziari occorrono inoltre iniziative volte a rafforzare la trasparenza e il funzionamento e a migliorare ulteriormente il quadro di vigilanza e normativo a livello nazionale, di UE e mondiale.

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet http://www.consilium.europa.eu/cms3_fo/showPage.asp?id=432&lang=IT&mode=ghnm (n.d.r.).

3. Il Consiglio europeo rileva che i recenti significativi aumenti dei prezzi dei prodotti alimentari e dell'energia hanno accentuato le pressioni inflazionistiche. Al riguardo il Consiglio europeo ricorda l'esigenza di evitare politiche distorsive che impediscano la realizzazione dei necessari adeguamenti da parte degli operatori economici. Invita il Consiglio ad individuare le cause dell'andamento dei prezzi delle materie prime e dei prodotti alimentari e a perseguire politiche nazionali e a livello di UE che eliminino eventuali restrizioni dell'offerta.

Avvio del nuovo ciclo della strategia di Lisbona rinnovata per la crescita e l'occupazione (2008-2010)

4. In seguito alla relazione strategica della Commissione e alla luce dei lavori svolti nelle pertinenti formazioni del Consiglio, il Consiglio europeo avvia il secondo ciclo triennale della strategia:

- confermando che gli attuali orientamenti integrati (indirizzi di massima per le politiche economiche e orientamenti in materia di occupazione) rimangono validi e dovrebbero essere utilizzati per il 2008-2010. Il Consiglio (ECOFIN e EPSCO) è invitato ad adottare formalmente gli orientamenti integrati conformemente al trattato;

- approvando le raccomandazioni per paese relative alle politiche economiche e dell'occupazione degli Stati membri e della zona euro, elaborate dal Consiglio sulla base delle proposte della Commissione. Il Consiglio è invitato ad adottarle formalmente. Gli Stati membri dovrebbero indicare, nei relativi programmi nazionali di riforma e nei successivi rapporti annuali sullo stato di attuazione, iniziative particolarmente concrete riguardanti le rispettive risposte politiche agli orientamenti integrati, alle raccomandazioni e ai punti da sorvegliare per i singoli paesi. La Commissione è invitata a proseguire la collaborazione con gli Stati membri per sviluppare ulteriormente una metodologia chiara e trasparente di monitoraggio e valutazione delle riforme di Lisbona;

- tenendo conto delle priorità individuate dal Consiglio e delle iniziative concrete riportate qui di seguito, invitando la Commissione, il Parlamento europeo e il Consiglio, nelle rispettive sfere di competenza, a proseguire i lavori sui 10 obiettivi del programma comunitario di Lisbona che prevede un programma di riforma strategico per la parte spettante alla Comunità della strategia di Lisbona rinnovata; i progressi dovrebbero essere valutati annualmente.

(Omissis)

Investire nella conoscenza e nell'innovazione (Omissis)

Liberare il potenziale delle imprese, in particolare le PMI (Omissis)

Investire nelle persone e modernizzare i mercati del lavoro (Omissis)

Cambiamenti climatici e energia

17. L'anno scorso l'UE ha assunto impegni fermi ed ambiziosi nell'ambito della politica in materia di clima e di energia; oggi, nel 2008, la sfida consiste nel mantenere tali impegni. A dicembre dello scorso anno, la conferenza di Bali sui cambiamenti climatici ha segnato una tappa fondamentale e ha avviato a livello internazionale un processo negoziale inclusivo figurante in extenso nella tabella di marcia di Bali. L'UE è determinata a mantenere un ruolo di leader a livello internazionale in materia di cambiamenti climatici e di energia e conservare lo slancio dei negoziati sulla convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici e sul relativo protocollo di Kyoto, in particolare nella prossima conferenza delle parti a Poznań.

L'obiettivo è raggiungere un accordo ambizioso, globale e completo post-2012 sui cambiamenti climatici a Copenaghen nel 2009 coerente con l'obiettivo dei 2°C dell'UE. Conseguendo tutti gli obiettivi fissati dal Consiglio europeo di primavera 2007, l'UE fornirà un notevole contributo al raggiungimento di questo traguardo. Una sfida centrale consisterà nell'assicurare che tale transizione verso un'economia a bassa emissione di carbonio sicura e sostenibile sia gestita in modo compatibile con lo sviluppo sostenibile, la competitività, la sicurezza dell'approvvigionamento, la sufficienza alimentare, finanze pubbliche sane e sostenibili e la coesione economica e sociale dell'UE. L'UE propone di contribuire a un impegno accelerato e concertato ad alto livello a sostegno della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici e del piano d'azione di Bali, per sviluppare un'architettura coerente e conseguente per un accordo post-2012 che assicuri un aumento graduale dei flussi di finanziamento e investimento per la mitigazione e l'adattamento. In quanto parte integrante della strategia di Lisbona, l'energia e il clima contribuiranno positivamente anche all'obiettivo di aumentare la crescita e l'occupazione.

(Omissis)

Stabilità dei mercati finanziari

30. Il Consiglio europeo approva la relazione interinale del Consiglio ECOFIN sulla stabilità dei mercati finanziari. Sebbene la situazione del sistema finanziario internazionale resti incerta, in seguito alle turbolenze verificatesi sono già stati messi in atto alcuni aggiustamenti sui mercati finanziari a partire dall'autunno scorso, in quanto la Banca centrale europea, le autorità nazionali e dell'UE nonché gli istituti finanziari hanno preso iniziative per stabilizzare la situazione.

(Omissis)

ALLEGATO I

Dichiarazione sul «Processo di Barcellona: unione per il Mediterraneo»

Il Consiglio europeo ha approvato il principio di un'Unione per il Mediterraneo che comprenderà gli Stati membri dell'UE e gli Stati costieri mediterranei non appartenenti all'UE. Ha invitato

la Commissione a presentare al Consiglio le proposte necessarie per definire le modalità di quello che si chiamerà «Processo di Barcellona: Unione per il Mediterraneo», in vista del vertice che si terrà a Parigi il 13 luglio 2008.

ALLEGATO II

Elenco dei documenti presentati al Consiglio europeo

(Omissis)

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

LA NUOVA DISCIPLINA IN MATERIA DI COMPATIBILITÀ ELETTROMAGNETICA: LA DIRETTIVA N. 2004/108/CE ED IL DECRETO LEGISLATIVO N. 194/07*

Sommario: *Premesse* - 1. *Le "disposizioni transitorie" secondo la disciplina comunitaria e nell'applicazione italiana: scopi, contenuti, effetti, differenze e conseguenze*
- 2. *Conclusioni.*

Premesse

La direttiva n. 2004/108/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, concernente il «riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla compatibilità elettromagnetica», abroga la precedente direttiva n. 89/336/Ce che, a sua volta, era stata già modificata ed integrata dalle direttive n. 91/263/Cee, n. 92/31/Cee, n. 93/68/Cee e n. 93/97/Cee¹.

Un sintetico e schematico raffronto tra le discipline risultanti dalla nuova e dalla vecchia "direttiva EMC" (secondo l'acronimo più diffuso), che disciplinano la stessa materia, consente di stabilire che:

- restano immutate le *caratteristiche di base*, a partire dallo *scopo* che è quello di garantire la libera circolazione degli apparecchi, nel rispetto di un accettabile «ambiente elettromagnetico» all'interno del territorio del mercato unico europeo;

* Relazione presentata al seminario della Federazione ANIE tenutosi a Milano in data 24 gennaio 2008 su: «La nuova disciplina in materia di compatibilità elettromagnetica» nonché a quello dell'Istituto di Ricerche e Collaudo M. Masini a Rho in data 21 maggio 2008 su: «Il d.lgs 194/07 di recepimento della nuova direttiva sulla compatibilità elettromagnetica (2004/108/CE)».

¹ In *Gu-Ue* n. L 390 del 31 dicembre 2004, p. 24 ss.

- restano sostanzialmente immutati sia il campo di applicazione che i requisiti essenziali della «compatibilità elettromagnetica»;
- viene tuttavia «confermato», «rafforzato» e «chiarito» (secondo il *considerando* n. 1) il quadro istituito dalla precedente direttiva n. 89/336/Cee;
- risulta stabilita – sul piano delle definizioni e della disciplina dei requisiti essenziali – una netta distinzione tra «apparecchi», da una parte e, dall'altra parte, «impianti fissi»;
- si definisce e chiarisce in modo innovativo la disciplina, rispettivamente, di «componenti», «sottoinsiemi» ed «impianti mobili»;
- risultano introdotti nuovi requisiti relativi alla «documentazione» («Dichiarazione di conformità» e «Fascicolo tecnico») ed alla «informazione» per i prodotti che rientrano nel campo di applicazione della direttiva;
- le procedure di valutazione della conformità dei prodotti ai «requisiti essenziali» risultano essere modificate e semplificate. In particolare: il ruolo degli «organismi di certificazione» nell'intervento per le suddette procedure risulta essere volontario e non più obbligatorio. Nel caso di non applicazione o di applicazione soltanto parziale delle norme armonizzate si richiede allo stesso «Fabbriicante» una particolare dimostrazione della conformità ai requisiti essenziali.

Al riguardo, dunque, la disciplina appare chiaramente individuabile nei suoi obiettivi, nella sua portata e nei suoi effetti, secondo quanto risulta dai ventuno *considerando* che ne costituiscono la premessa e la motivazione, nonché dalle diciotto disposizioni normative e dai relativi sette allegati che ne formano parte integrante.

Particolari problemi derivano, invece, dall'attuazione della direttiva n. 2004/108/Ce nell'ordinamento italiano, a causa del tardivo ed infelice recepimento, a mezzo del dlgs n. 194 del 6 novembre 2007, pubblicato nel supplemento ordinario alla *Gazzetta Ufficiale* del 9 novembre 2007 ed entrato in vigore il giorno successivo, il giorno 10 novembre 2007.

Le più gravi questioni riguardano la «disciplina transitoria» – tra il vecchio ed il nuovo regime – che, nell'applicazione italiana, rischia di risultare gravemente punitiva verso gli operatori economici ingiustamente danneggiati dai ritardi del legislatore italiano nell'adeguarsi agli obblighi comunitari.

A questo riguardo, si espongono, qui di seguito, in modo dettagliato la portata e le conseguenze della suddetta disciplina transitoria, rispettivamente secondo la direttiva comunitaria n. 2004/108/Ce e secondo il decreto italiano di attuazione, il dlgs n. 194/2007.

I. Le "disposizioni transitorie" secondo la disciplina comunitaria e nell'applicazione italiana: scopi, contenuti, effetti, differenze e conseguenze

L'art. 15 della direttiva n. 2004/108/Ce prevede e disciplina un periodo transitorio per regolare in modo graduale il passaggio dal vecchio al nuovo regime,

così da adattare progressivamente la produzione ed il commercio dei prodotti alle disposizioni imperative che sono contenute nella «nuova EMCD», secondo l'acronimo con cui viene spesso indicata la più recente direttiva n. 2004/108/Ce nei documenti esplicativi ed interpretativi emessi dalla Commissione europea.

Lo *scopo* della introduzione di un periodo transitorio nel contesto della nuova disciplina normativa è chiaramente indicato nel *considerando* n. 21 ove si afferma che «un periodo transitorio è necessario per far sì che i fabbricanti e le altre parti interessate possano adattarsi alla nuova regolamentazione».

Il preambolo è importante perché non tutte le direttive comunitarie che intervengono a modificare la precedente disciplina si sono fatte carico di considerare come "*necessario*" – e, quindi "*obbligatorio*" per gli Stati membri – un periodo transitorio per consentire un adattamento che non risulti brusco e immediato, bensì graduale e progressivo (almeno entro certi limiti) rispetto ad una regolamentazione che si pone come "nuova" sotto molti e significativi aspetti che la differenziano nei confronti di quella precedente, con riferimento, in particolare, alle «procedure di valutazione della conformità», oltre che alla «documentazione» ed alla «informazione».

I documenti interpretativi emanati (v. sul punto specifico: Agenda Item 4: Clarification Paper On The Transitional Period²) dalla stessa Comunità europea evidenziano infatti il pericolo di conseguenze negative per gli operatori economici qualora le prescrizioni cogenti – a carattere, dunque, obbligatorio e sanzionabile in caso di violazione, dovessero intervenire in modo troppo netto e troppo ravvicinato nel tempo sui meccanismi della produzione, distribuzione, vendita ed utilizzazione dei prodotti industriali. Il problema è, infatti, comune a questo genere di produzione ma, nel caso della nuova EMCD è stato considerato particolarmente meritevole di attenzione, tant'è che non ci si è limitati ad una «raccomandazione» e si è invece inserita una apposita e specifica disposizione nel contesto normativo della direttiva. Da qui, pertanto, la conseguenza di vincolare rigidamente gli Stati membri, a pena di «procedura di infrazione» ex art. 226 del Trattato CE, in caso di violazione.

Più precisamente, il legislatore comunitario si è preoccupato, secondo l'«interpretazione autentica» della Commissione europea, di assicurare – per un certo periodo – lo smaltimento dei prodotti già resi conformi alla «vecchia EMCD» (sempre secondo l'acronimo simmetricamente adottato nei confronti della direttiva n. 89/336/Ce), così da esaurire, nell'arco del periodo concesso, gli *stock* di magazzino. Da qui, dunque, la possibilità di adattare gradualmente la produzione ed il commercio alle nuove regole senza subire i contraccolpi commerciali che altrimenti conseguirebbero in modo inevitabile alle giacenze di magazzino ed all'accumulo di prodotti legalmente progettati e fabbricati ma divenuti improvvisamente invendibili "per decreto". Tale effetto, peraltro, si rive-

² V. European Commission, DG ENTR/H/5, EMC/WP/12/14/EC, Brussels, 10 September 2006.

lerebbe particolarmente ingiusto ed odioso se ed in quanto riferito a produzioni industriali che erano del tutto conformi alla legge al tempo in cui sono state realizzate e che diventano fuori-legge, in modo sostanzialmente retroattivo, rispetto ai tempi "naturali" dei cicli di produzione e di commercializzazione dei prodotti. In altri termini, sarebbero i produttori, i quali hanno già agito nel rispetto della legge, a pagare il prezzo del mutamento legislativo.

Per evitare danni e distorsioni di questo genere e per raggiungere lo scopo descritto nel *considerando* 21 è stata, pertanto, introdotta la disciplina transitoria secondo la quale risulta consentita fino al 20 luglio 2009 (v. art. 15 della direttiva) la immissione sul mercato di prodotti già resi conformi ai requisiti di legge secondo le procedure di valutazione della conformità prevista dalla vecchia direttiva EMC – entro il 20 luglio 2007. Per effetto di questa disciplina, dunque, è previsto un periodo transitorio di due anni entro il quale risulta possibile fabbricare ed immettere sul mercato – tra il 20 luglio 2007 ed il 20 luglio 2009 – prodotti per i quali il produttore abbia emesso la «dichiarazione di conformità» oppure abbia ottenuto il «*technical report*» o il «certificato» rilasciabili da un «organismo competente».

Quanto sopra, naturalmente, alla condizione che la emissione della «dichiarazione» o l'ottenimento della «relazione tecnica» o del «certificato» siano avvenuti entro la data del 20 luglio 2007.

Si tratta, in definitiva – con riferimento alla direttiva comunitaria, di una disciplina che ha una sua logica non soltanto commerciale ed economica ma anche giuridica.

Infatti: si consente, sotto il primo aspetto, di valorizzare e non azzerare le risorse già investite – fino al completamento – nelle *procedure di valutazione di conformità* legalmente vigenti al tempo in cui le risorse sono state investite e si consente, conseguentemente, di non interrompere i cicli della produzione industriale e della successiva commercializzazione, così da smaltire le scorte di magazzino. Sotto il secondo aspetto, di logica giuridica, si consente, inoltre, di rispettare il termine di applicabilità delle disposizioni della nuova direttiva (in sostituzione di quella vecchia) in quanto il periodo transitorio è riferito unicamente al prolungamento del periodo «in cui è consentita la immissione sul mercato» (dal 20 luglio 2007 al 20 luglio 2009) e non si estende, dunque, alle procedure di valutazione di conformità non ancora iniziate o ancora in corso di svolgimento.

Tale periodo non si estende, pertanto, ai comportamenti operativi sul piano industriale che devono comunque rispettare – agli effetti che sono più significativi e che riguardano le *procedure di valutazione della conformità* – il termine del 20 luglio 2007 quale data a partire dalla quale non possono più essere avviate né svolte procedure di valutazione della conformità che non si adeguino alla disciplina entrata in vigore in quest'ultima data.

Obbedisce altresì ad evidenti principi di logica giuridica, nonché di corretta interpretazione letterale della disposizione dell'art. 15 della direttiva, ora

qui in esame, la considerazione secondo la quale le «installazioni fisse» non possono essere ammesse a godere del beneficio concesso dalla disciplina transitoria perché quest'ultima presuppone l'esclusivo riferimento ad un termine per l'«immissione sul mercato» che riguarda le «apparecchiature». Appare, infatti, evidente che gli «impianti fissi», pur rientrando in astratto nella definizione di «apparecchiature» secondo la nuova disciplina (v. art. 2, comma 1, lett. a. della nuova direttiva EMC), tuttavia non sono suscettibili di «immissione sul mercato» così come gli «apparecchi», e possono dunque soltanto essere «messi in servizio». Ma quest'ultima operazione non è tra quelle previste dal periodo transitorio ed ammesse al prolungamento di "liceità" operativa fino al 20 luglio 2009.

Da qui, pertanto, la conseguenza secondo la quale gli «impianti fissi» non sono ammessi a godere del beneficio introdotto dalla disciplina transitoria che riguarda, in modo esclusivo, «gli apparecchi». Da qui, ancora, l'ulteriore conseguenza secondo la quale tutti gli «impianti fissi» devono risultare conformi alla nuova direttiva EMC a partire dal 20 luglio 2007, senza deroghe né proroghe.

D'altronde, è pur vero che devono, sempre secondo la disciplina comunitaria, intercorrere sei mesi tra il momento – in data 20 gennaio 2007 – della «pubblicazione» (e, dunque, della conoscibilità) delle nuove disposizioni ed il momento della applicazione – a partire dal 20 luglio 2007 – delle disposizioni medesime.

Dunque, gli operatori economici devono aver potuto disporre di un periodo di sei mesi per conoscere, valutare ed organizzare l'applicazione delle nuove disposizioni riguardanti specificamente anche gli «impianti fissi» da assemblare, installare ed utilizzare «in modo permanente in un luogo prestabilito».

Quanto fin qui esposto riguarda, la portata, i contenuti e gli effetti della disciplina transitoria prevista dall'art. 15 della direttiva n. 2004/108/Ce, secondo la «lettera» e lo «spirito» della disciplina stessa, senza tenere conto dei ritardi e degli inadempimenti eventualmente posti in essere – in violazione degli obblighi comunitari – dai legislatori nazionali dei Paesi membri dell'Unione europea.

Con specifico riferimento al caso italiano, la disposizione nazionale che avrebbe dovuto trasporre e recepire la disciplina introdotta dall'art. 15 della direttiva finora analizzata è contenuta nell'art. 19 del dlgs n. 194 del 6 novembre 2007 (in seguito per brevità indicato come dlgs n. 194/07 oppure come "il decreto"), pubblicato nel supplemento ordinario della *Gazzetta ufficiale* n. 261 del 9 novembre 2007.

Ma, come si può rilevare dalla stessa data di pubblicazione di questo decreto, il legislatore italiano non ha rispettato il termine imposto dalla direttiva comunitaria per il «recepimento» (v. art. 16) della direttiva, secondo il quale gli «Stati membri adottano e pubblicano le disposizioni (...) necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 20 gennaio 2007». Dunque, il legislatore italiano ha ritardato di circa undici mesi l'adempimento del proprio

obbligo comunitario di recepimento – sotto il particolare aspetto della «adozione» e della «pubblicazione» ed ha così pregiudicato la possibilità (*ed il diritto*) degli operatori economici di conoscere con un anticipo di almeno sei mesi (dal 20 gennaio al 20 luglio 2007) le disposizioni destinate ad essere applicate a «decorrere dal 20 luglio 2007».

In tal modo, inoltre, lo stesso legislatore ha pregiudicato l'applicabilità – nella sua pienezza – della norma transitoria secondo la quale è concesso un periodo di due anni, per lo smaltimento delle scorte dei prodotti tra la data di applicabilità della nuova disciplina (il 20 luglio 2009) e la «immissione sul mercato» dei prodotti medesimi. Il ritardo di circa undici mesi nella «pubblicazione» del decreto di recepimento della disciplina comunitaria è, pertanto, imputabile allo Stato italiano e si traduce immancabilmente in un tradimento della lettera e dello spirito della norma comunitaria che intendeva assicurare due anni di tempo, tra il momento dell'applicabilità della nuova disciplina ed il momento finale dello sbocco commerciale della produzione industriale già in corso con procedure di valutazione ormai completate secondo la vecchia disciplina.

Il decreto italiano, infatti, è entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale*, ossia il 10 novembre 2007, laddove, invece, la disposizione comunitaria imponeva, ex art. 16, un periodo di sei mesi per distanziare il momento della «pubblicazione» delle disposizioni nazionali di recepimento delle nuove norme rispetto al momento di entrata in vigore delle disposizioni stesse, così da consentire metabolizzazioni e digestioni di discipline delle quali sia stata offerta la «pubblicità», e con essa, la possibilità di precisa e concreta conoscenza.

Il legislatore italiano ha strozzato il suddetto termine comunitario di sei mesi riducendolo ad un solo giorno, entro il quale gli operatori economici interessati dovrebbero acquisire la conoscenza e poter compiere tutte le valutazioni del caso.

Il medesimo legislatore ha poi creduto di rimediare al proprio inadempimento (ritardo di undici mesi) nella pubblicazione del decreto introducendo una disciplina transitoria di pura creazione italiana, ma con apparenti richiami al modello comunitario.

Infatti:

- è stata apparentemente mantenuta la possibilità di immettere sul mercato fino al 20 luglio 2009 «apparecchi» per i quali sia stata completata la procedura di valutazione di conformità (con «dichiarazione di conformità» o con «relazione tecnica» o «certificato») prevista dalla "vecchia EMCD" entro la data del 20 luglio 2007;

- è stata esclusa la suddetta possibilità per gli «impianti fissi», i quali devono, pertanto, se «messi in servizio» dopo il 20 luglio 2007, essere resi conformi alle disposizioni del decreto;

- è stata introdotta una disciplina puramente nazionale che costituisce la diretta conseguenza dell'inadempimento e del ritardo italiano nel recepire la

direttiva, in quanto, per tutte le «attività» prima indicate (immissione nel mercato e messa in servizio di «apparecchi» e di «impianti fissi»), è stato concesso un termine di sessanta giorni – che decorre dalla data di entrata in vigore del decreto (10 novembre 2007) – per adeguare alla nuova disciplina «apparecchi» ed «impianti» rispettivamente, «immessi nel mercato» e «messi in servizio» dopo il 20 luglio 2007.

Quest'ultima disposizione mira evidentemente ad evitare un effetto troppo palesemente retroattivo delle disposizioni del decreto stesso rispetto alla data della «pubblicazione» che non è avvenuta, come avrebbe dovuto, il 20 gennaio 2007, bensì il 10 novembre 2007, con la conseguenza che le relative disposizioni non possono essere applicate prima di quella data e si concedono sessanta giorni della data di entrata in vigore, che è successiva di un giorno a quella della pubblicazione.

Ma così facendo – sul piano della tutela dei diritti – si crea una *apparenza* che non risponde alla *sostanza* in quanto:

a. non sono stati comunque rispettati i termini mirati ad assicurare un intervallo di sei mesi tra il tempo della *pubblicazione* delle norme e quello della *applicazione* delle norme stesse (periodo compreso tra il 20 gennaio 2007 ed il 20 luglio 2007). Secondo la disciplina del decreto italiano, infatti, intercorrono soltanto, due mesi tra la data della *pubblicazione* normativa e quella della effettiva applicabilità delle norme stesse (periodo compreso tra il 10 novembre 2007 ed il 10 gennaio 2008). Sono stati così sottratti (rispetto al termine comunitario) agli operatori economici ben quattro mesi di preparazione industriale e commerciale all'impatto della nuova disciplina sulle proprie imprese;

b. è stato, *di fatto*, amputato il periodo transitorio di durata biennale per la protrazione della immissione in commercio di prodotti la cui procedura di valutazione di conformità sia stata completata entro il 20 luglio 2007 (data che, conseguentemente, ha perduto il significato di data di entrata in vigore della nuova disciplina che avrebbe dovuto essere pubblicata entro il 20 gennaio 2007). Il periodo disponibile per sfruttare la possibilità di smaltire le scorte e le giacenze di prodotto si riduce, nella realtà dell'applicazione italiana, ad un anno ed otto mesi, amputando, se non strozzando, in tal modo il periodo biennale previsto dal legislatore comunitario;

c. si è introdotta una norma che non è in alcun modo derivata dalla direttiva n. 2004/108 in quanto, ben diversamente, si cerca di rimediare ai ritardi del legislatore nazionale (di circa *undici mesi* nel pubblicare la disciplina normativa e di circa quattro mesi nel metterla in vigore) concedendo soltanto due mesi di tempo per adeguare alla nuova disciplina apparecchiature ed impianti già resi conformi alla «vecchia direttiva EMC» dopo il 20 luglio 2007 ma prima del 10 novembre 2007 (data di entrata in vigore del decreto italiano). In tal modo, però, il legislatore italiano, pur apparentemente non emanando una disciplina retroattiva al 20 luglio 2007, tuttavia tradisce la lettera e lo spirito della norma comunitaria che intendeva assicurare un passaggio gra-

duale tra il vecchio ed il nuovo regime consentendo due anni di tempo per smaltire giacenze e scorte di magazzino conformi alla direttiva n. 89/336/Ce. Infatti, lo stesso legislatore italiano ritardando di *undici mesi* la pubblicazione del decreto di attuazione della direttiva e di *quattro mesi* la messa in vigore delle disposizioni nazionali di recepimento della direttiva stessa, ha consentito per un verso, la piena legalità delle produzioni conformi al dlgs n. 615/96 fino al 10 novembre 2007, salvo, per altro verso, costringere nel breve volgere di due mesi (tra il 10 novembre 2007 ed il 10 gennaio 2008) gli operatori economici a sconvolgere i criteri di produzione e di «immissione sul mercato» e di «messa in servizio» rispettivamente per «apparecchiature» ed «impianti fissi». Quanto dura effettivamente in tal modo il periodo transitorio che avrebbe dovuto risultare biennale? Come viene assicurato il vero scopo della norma che è quello di garantire una adeguata gradualità nel passaggio del "vecchio" al "nuovo"? Quale rispetto è stato adottato nei confronti del diritto degli operatori economici italiani a godere di criteri uniformi nel mercato unico europeo per la produzione, il commercio e l'utilizzazione dei propri prodotti, *apparecchiature o impianti* che siano?

Si tratta, evidentemente, di interrogativi retorici e, tuttavia, utili ad evidenziare la violazione sostanziale del diritto comunitario in danno, principalmente, di «fabbricanti», «rappresentanti autorizzati» e «responsabili dell'installazione di impianti fissi».

Se si considerano, peraltro, le sanzioni principali o accessorie previste dallo stesso decreto italiano (ex art. 15) si ricava, in particolare, come tutte le «apparecchiature» legalmente (almeno in Italia) prodotte dopo il 20 luglio in conformità al dlgs n. 615/96 e fino al 10 novembre 2007 dovrebbero essere bloccate e impedito nella commercializzazione se non rese "conformi" alla nuova disciplina entro il termine di sessanta giorni a partire dal 10 novembre 2007, ossia entro il 10 gennaio 2008.

Ma quanto sopra comporta evidentemente, sul piano pratico e sostanziale, un ritiro e/o un richiamo delle «apparecchiature» già legalmente prodotte e commercializzate, non potendosi altrimenti rendere conformi i suddetti prodotti alle nuove discipline. Un tale effetto si pone in netto contrasto con gli scopi della direttiva comunitaria e della relativa disciplina transitoria perché impedisce lo smaltimento graduale delle scorte di magazzino. Infatti, l'applicazione della disposizione dell'art. 19, comma 5 del dlgs n. 194/2007 pone agli operatori economici soltanto le seguenti alternative:

1. si devono ritirare e/o richiamare dal mercato tutte le produzioni immesse sul mercato dopo il 20 luglio 2007, per renderle conformi alle nuove norme sulla compatibilità elettromagnetica, con il grave danno che consegue a tutti i «ritiri» e/o «richiami» di prodotti dal mercato, oppure (in unica alternativa)

2. si deve soggiacere alle conseguenze che derivano dalla violazione della norma italiana prevista dall'art. 15 del dlgs n. 194/07 e che comportano non solo sanzioni pecuniarie ma anche ben più gravi (sul piano industriale e

commerciale) sanzioni costituite, a seconda dei casi, dal sequestro, dal ritiro o della confisca delle suddette «apparecchiature».

Dunque, in definitiva, "il diavolo fa le pentole ma non i coperchi" perché si introduce, in modo sostanzialmente retroattivo – rispetto all'entrata in vigore del decreto in data 10 novembre 2007 – un obbligo di «regolarizzazione» *a posteriori*, sia pure limitatamente alle produzioni successive al 20 luglio 2007 e comprese nel periodo che intercorre tra quest'ultima data ed il 10 novembre 2007. Ma, in tal modo, si chiede di «regolarizzare» quanto era già «regolare» (in Italia e sulla base del dlgs n. 615/96) e trascurando che il necessario presupposto di ogni «regolarizzazione» è la «irregolarità» di quanto posto in essere.

Occorre, a questo punto, domandarsi: possono essere irrogate sanzioni pecuniarie o altre sanzioni (quali il sequestro) per fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge? La risposta è senz'altro negativa, non solo quando si tratti di *sanzioni penali* ma anche, ex art. 1 della l. n. 689/81, quando si tratti di *sanzioni amministrative* cui si applichi quest'ultima legge (e, dunque, sia sanzioni pecuniarie che sequestri).

Il fondamentale principio di legalità – che presidia la tutela del diritto nelle società civili – impedisce dunque, con riferimento al caso ora in esame, di applicare sanzioni agli operatori economici che abbiano legalmente (in applicazione del dlgs n. 615/96) immesso sul mercato prodotti nel periodo tra il 20 luglio 2007 ed il 10 novembre 2007.

Le sanzioni previste dall'art. 15 del decreto possono, dunque, secondo il principio di legalità essere applicate soltanto a prodotti immessi sul mercato dopo il 10 novembre 2007 (data di entrata in vigore del decreto medesimo) e non «adeguati» entro il 10 gennaio 2008.

Ma, in tal modo, pur rispettando le norme ed i principi dell'ordinamento italiano, si viola lo spirito delle norme comunitarie che sono ricavabili dagli artt. 15 e 16, secondo le quali il periodo transitorio, intercorrente tra la data di *pubblicazione* delle nuove norme e la data di *applicazione* delle norme medesime (fatto salvo il periodo transitorio già evidenziato e precisato) avrebbe dovuto essere – ex art. 16 – di sei mesi, per consentire una adeguata e consapevole valutazione, sul piano industriale e commerciale, del nuovo regime.

II. Conclusioni

Dunque, il legislatore italiano, dopo essere stato gravemente inadempiente rispetto agli obblighi comunitari di tempestiva pubblicazione ed applicazione della nuova disciplina, ha cercato di rimediare recuperando in parte i contenuti dalla direttiva ed aggiungendo norme nazionali che, di fatto spostano in avanti – oppure troppo indietro – l'effettiva applicazione della direttiva n. 2004/108/Ce, in tal modo violando sia i principi dell'ordinamento italiano che quelli dell'ordinamento comunitario.

Infatti:

- è stato violato – come già dimostrato – il fondamentale principio di legalità previsto dall'art. 25 della Costituzione e "ripreso" dall'art. 1 della l. n. 689/81, a causa della portata sostanzialmente retroattiva della norma dell'art. 19 del dlgs n. 194/07 con la quale si pretende di applicare obblighi – ed eventuali sanzioni – per fatti legalmente "*posti in essere*" prima dell'entrata in vigore del decreto medesimo;

- è stato violato – come pure qui dimostrato – il diritto comunitario in quanto l'inadempimento italiano posto in essere con la tardiva *pubblicazione* delle norme nazionali di attuazione della direttiva ha impedito agli operatori economici non solo di conoscere e valutare con adeguato (e regolare) anticipo (di sei mesi) la disciplina da applicare ad «apparecchiature» ed «impianti fissi», ma ha anche strozzato il periodo transitorio biennale che avrebbe dovuto intercorrere tra la data di entrata in vigore della nuova disciplina ed il termine ultimo concesso per lo smaltimento delle scorte e delle giacenze di prodotti conformi alla vecchia disciplina.

Come volevasi dimostrare, dunque, il "diavolo" ha fatto le "pentole" (mescolando norme comunitarie e norme nazionali) ma non ha "fatto i coperchi", perché della pentola italiana fuoriescono violazioni, sia del diritto interno che del diritto comunitario, da fare valere, a seconda dei casi precedentemente individuati, nelle opportune sedi legali, nazionali o comunitarie, e contro l'applicazione di obblighi e sanzioni considerabili come illegittimi sotto i profili già esposti e motivati.

E per gli «impianti fissi» possono trarsi le medesime conclusioni già ricavate per gli «apparecchi»? Sì, naturalmente, seppure *mutatis mutandis*, in quanto agli «impianti fissi» non possono applicarsi logiche di «immissione nel mercato», bensì soltanto di «messa in servizio».

Si confermano, comunque, tutte le conclusioni già svolte con riferimento all'inapplicabilità di sanzioni per fatti posti in essere legalmente prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni (e, dunque, anteriormente al 10 novembre 2007).

Si confermano altresì le conclusioni già svolte in merito alla violazione del diritto comunitario per quanto riguarda la ritardata pubblicazione delle nuove norme e la conseguente riduzione del periodo temporale che deve intercorrere tra la pubblicazione e l'applicazione delle norme medesime, con tutto quanto ne consegue per il pregiudizio all'applicazione uniforme del medesimo diritto comunitario nel mercato unico e nei confronti di tutti gli operatori economici dell'Unione europea.

Antonio Oddo**

** Avvocato in Milano; Professore a contratto / Università degli Studi di Pavia.

APPENDICE

**Prospetto schematico
dei termini fissati per gli adempimenti legislativi secondo il dlgvo n. 194/07**

1. Apparecchi disciplinati dal dlgvo n. 615/96 per i quali è stata redatta dal «produttore», o dal suo «rappresentante autorizzato», una «dichiarazione di conformità» ai sensi del suddetto decreto, entro il 20 luglio 2007	possono essere immessi nel mercato fino al 20 luglio 2009
2. Apparecchi disciplinati dal dlgvo n. 615/96 per i quali sono stati ottenuti, entro il 20 luglio 2007, una «relazione tecnica» o un «certificato» rilasciato da «organismo competente»	possono essere immessi sul mercato sino al 20 luglio 2009
3. Apparecchi già disciplinati dal dlgvo n. 615/96 per i quali la redazione della «dichiarazione di conformità» o il rilascio della «relazione tecnica» o del «certificato» dell'«organismo competente» sono stati posti in essere dopo il 20 luglio 2007	immissione sul mercato esclusivamente sulla base delle norme del decreto ossia (ex art. 19, comma 5)
3.1 Apparecchi resi conformi al dlgvo n. 615/96 dopo il 20 luglio 2007 ma prima della data di entrata in vigore del decreto (10 novembre 2007)	adeguamento alle nuove disposizioni entro il termine di 60 giorni dalla data di entrata in vigore, ossia entro la data del 10 gennaio 2008
3.2 Apparecchi fabbricati e commercializzati dopo il 20 luglio 2007 e dopo il 10 novembre 2007	adeguamento immediato alle nuove disposizioni del decreto
4. Impianti fissi	
4.1 se messi in servizio dopo il 20 luglio 2007 – ma prima del 10 novembre 2007 –	adeguamento alle nuove disposizioni del decreto entro il 10 gennaio 2008
4.2 se messi in servizio dopo il 20 luglio e dopo il 10 novembre 2007	conformità immediata alle nuove disposizioni del decreto, senza il beneficio di alcun termine per l'adeguamento graduale alle nuove disposizioni

RECENSIONI

Alberto Venezia - Roberto Baldi, *Il contratto di agenzia - La concessione di vendita - Il franchising*, Milano, Giuffr , pp. 1-822,   68,00

Con questa ottava edizione completamente rielaborata, ampliata ed aggiornata, Alberto Venezia consolida una tradizione ormai pi  che trentennale iniziata da Roberto Baldi (la prima edizione dell'opera risale al 1971) e si conferma una delle pi  autorevoli voci in materia di contratti di distribuzione commerciale.

Sono poche infatti le opere che affrontano il tema dei contratti di agenzia, di concessione di vendita e di *franchising* con il dovuto approfondimento scientifico ed al contempo con un esauriente approccio di diritto comparato, e la nuova edizione del libro in commento rientra senza dubbio tra queste.

Il volume si apre con un interessante *excursus* storico sulla figura dell'agente dagli albori sino ai tempi moderni, e sulle varie declinazioni che nel tempo questa figura ha assunto per adeguarsi all'evoluzione dei sistemi commerciali.

Si passa quindi alla comparazione tra l'agente e le figure affini (il lavoratore autonomo, il lavoratore subordinato, il mandatario, il commissionario, il mediatore, il procacciatore d'affari, etc.) per poi soffermarsi sugli istituti che caratterizzano in modo tipico il contratto di agenzia, come il diritto di esclusiva, il potere di rappresentanza, i diritti e gli obblighi delle parti nel corso del rapporto ed il diritto alla provvigione.

Sono dedicati alla concessione di vendita ed al *franchising* rispettivamente i capitoli IV e V, dove l'Autore conferma le costanti affinit  con il contratto di agenzia sforzandosi per  di fornire un quadro autonomo di questi stru-

menti contrattuali ormai così frequenti nella prassi. L'operazione riesce mirabilmente per la concessione di vendita attraverso una approfondita analisi della più recente giurisprudenza ed un'ampia sezione di diritto comparato sulle legislazioni straniere, e per il *franchising* con una esegesi della legge 6 maggio 2004, n. 129 che ha introdotto in Italia la prima disciplina normativa dell'istituto.

L'opera si sofferma inoltre su alcune figure particolari di agenti (come l'agente di assicurazione o il raccomandatario), nonché su quelle figure atipiche che molto spesso solo impropriamente vengono definite agenti (come l'agente librario, l'agente pubblicitario, l'agente teatrale, l'agente sportivo, l'informatore scientifico, etc.).

I principali spunti di riflessione giungono dal capitolo VIII, in cui Venezia dà estremo risalto, giustamente, alla questione relativa all'indennità dovuta all'agente in caso di cessazione del rapporto ex art. 1751 c.c. ed al suo coordinamento con le indennità di fine rapporto previste dagli accordi economici collettivi di diritto comune.

Nel capitolo viene ricostruito con estrema lucidità ed accuratezza l'intero *iter* normativo dell'indennità in questione, dagli accordi economici collettivi *erga omnes* del 1935 e del 1938 sino all'art. 1751 c.c. nella sua vigente formulazione che dà attuazione, anche se in maniera non ancora completa, all'art. 17 della direttiva comunitaria n. 86/653/Cee. Di particolare interesse sul tema dell'indennità è l'analisi offerta da Venezia dei contrastanti orientamenti giurisprudenziali succedutisi nelle corti di merito e di legittimità – e purtroppo, inspiegabilmente, ancor oggi non ancora pienamente conformi – sino ad arrivare alla fondamentale sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2006 (che ha dichiarato la sostanziale nullità delle clausole degli a.e.c. in contrasto con la disciplina comunitaria). Una sentenza che avrebbe dovuto porre fine ad ogni questione in merito alla prevalenza dell'art. 1751 c.c. su qualsiasi disciplina collettiva *in pejus* ma che purtroppo, come osserva l'Autore, non costituisce ancora il capitolo finale.

Ampio spazio è dedicato alle questioni di diritto internazionale, mentre alle implicazioni *antitrust* dei contratti di distribuzione commerciale ed al regolamento comunitario sugli accordi verticali (n. 2790/1999) viene dedicata l'ultima parte dell'opera.

Interessante e molto utile è l'Appendice, in cui vengono proposti i testi integrali delle fonti normative (direttiva n. 86/653/Cee con le varie disposizioni di attuazione italiane, codice civile – artt. 1742-1753 –, e legge n. 129/2004 sull'affiliazione commerciale) nonché delle fonti collettive di maggiore rilevanza (A.E.C. dei settori commercio, industria ed assicurazioni).

Paola Tradati*

* Avvocato in Milano.

Rosanna La Rosa, *Evoluzione e prospettive della protezione delle minoranze nel diritto internazionale e nel diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 372, € 36,00

La tutela internazionale delle minoranze è stata costantemente caratterizzata da due opposte esigenze: la protezione dei gruppi minoritari e la tutela dell'integrità territoriale degli Stati. Di tale esigenza di bilanciamento è ben consapevole l'A. del testo in recensione, la quale sottolinea come i limiti della normativa in materia siano condizionati dalla specifica rilevanza politica che riveste il tema delle minoranze. La monografia intende offrire alcuni spunti di approfondimento e riflessione relativamente alla tutela dei diritti delle minoranze da un punto di vista storico-giuridico, individuando le problematiche che ad essa afferiscono. Come si evince dal titolo stesso dell'opera, l'A. ripercorre le tracce dell'evoluzione della protezione delle minoranze, in una trattazione unitaria dei diversi sistemi adottati sia in ambito internazionale che europeo. La dicotomia tutela individuale/collettiva è la discriminante posta alla base dell'analisi condotta, nel tentativo di sostenere la necessità di una protezione specifica dei gruppi minoritari ed individuare nuove prospettive di tutela.

La risposta che la Comunità internazionale è andata articolando al problema delle minoranze nel rispetto dei suoi valori strutturali, quali l'integrità territoriale, il principio di non ingerenza negli affari interni e la sovranità statale, ha fatto perno su un sistema di protezione di carattere individuale che tutela il membro del gruppo minoritario in luogo del gruppo in quanto tale (tutela collettiva). In tale quadro, i principi di non discriminazione e di eguaglianza di trattamento, sono divenuti la base normativa che ha determinato l'inclusione di tale problematica nell'ambito più generale della tutela dei diritti umani, a discapito di una tutela speciale maggiormente conforme alle esigenze della minoranza. Nell'esaminare come la Comunità internazionale abbia affrontato la questione delle minoranze, l'A. evidenzia la necessità di adottare una regolamentazione giuridica che abbracci la dimensione collettiva della tutela, nella quale le minoranze siano considerate soggetti collettivi piuttosto che collettività di soggetti. Inoltre, viene sostenuto che un sistema efficace dovrebbe imporre un obbligo positivo di *facere* in capo agli Stati i quali sarebbero tenuti ad attivarsi al fine di creare le condizioni necessarie per rendere effettivi i diritti delle minoranze e, in tal modo, raggiungere l'eguaglianza con il resto della popolazione.

La trattazione dei diversi strumenti di tutela delle minoranze, in ambito internazionale ed europeo, è condotta da un punto di vista evolutivo, partendo dalle prime forme di protezione internazionale. Il problema della protezione delle minoranze si è manifestato a livello internazionale già nel XVI e XVII secolo dando luogo a prime forme di tutela frammentarie, consistenti essenzialmente nella stipulazione di accordi bilaterali e multilaterali. Un sistema di

regolamentazione e anche di controllo più evoluto fu adottato, successivamente, nell'ambito del sistema della Società delle Nazioni (SdN). La ricostruzione operata dall'A. evidenzia come, con riferimento agli impegni assunti, la "Comunità internazionale" non fosse ancora disposta ad inserire nel Patto una clausola *ad hoc*. In luogo dell'adozione di un obbligo da parte di tutti i membri dell'organizzazione, si preferì, ancora una volta, ricorrere a fonti di origine convenzionale di carattere bilaterale o plurilaterale. A differenza di quanto avvenuto in precedenza, però, la SdN si assunse il compito di esercitare un controllo politico e giurisdizionale sull'applicazione dei trattati stipulati. Purtroppo, il tentativo, operato dalla SdN, di generalizzare il sistema di protezione convenzionale, anche agli Stati non firmatari degli obblighi previsti in materia di minoranze, fallì.

Successivamente, in seno all'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) la questione relativa alle minoranze resta imperniata sull'applicazione dell'obbligo di non discriminazione mediante l'inclusione della tutela di tali gruppi nell'ambito più generale della tutela dei diritti dell'uomo. Infatti, nella Carta dell'ONU e nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo non figura alcun riferimento specifico in materia. Nella consapevolezza «not to deal in a specific provision with the question of minorities in the text of this Declaration», l'Assemblea generale, nella risoluzione 217 C (III), decise di attribuire alla Commissione dei diritti umani ed alla Sotto-Commissione per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela delle minoranze il compito di condurre uno studio sul problema. Deve ascriversi all'operato della Sotto-Commissione l'elaborazione di una norma specifica in materia: l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici. Tale disposizione non tradisce la logica individualistica che informa il sistema di protezione dei gruppi minoritari in quanto prevede l'attribuzione dei diritti in essa contemplati agli «appartenenti» alle minoranze. Allo scopo di determinarne l'ambito di applicazione, l'A. illustra il problema della definizione del termine «minoranza», seguendone la relativa evoluzione a partire dalla SdN. Nella costante ricerca di equilibrio tra uguaglianza e differenza, tra tutela individuale e salvaguardia delle caratteristiche dei gruppi, l'A. ritiene che la protezione prevista dall'art. 27 attribuisca diritti individuali ma anche che «la formulazione della norma tend[a] invero a valorizzare la dimensione collettiva entro cui i diritti stessi vanno esercitati» (p. 71). Il capitolo relativo alla protezione delle minoranze in ambito ONU si conclude con la valutazione degli strumenti di controllo. Viene valutata l'azione del Comitato dei diritti dell'uomo, del Gruppo di lavoro sulle minoranze e del Consiglio di sicurezza. Con riferimento al primo meccanismo, particolare attenzione viene dedicata alla "giurisprudenza" del comitato al fine di porre in luce l'interazione tra la dimensione collettiva e quella individuale della tutela delle minoranze.

L'evoluzione giuridica della tutela dei gruppi minoritari viene ad essere

analizzata anche con riferimento alle organizzazioni europee: Consiglio d'Europa, CSCE/OSCE, Unione europea. Con riferimento al Consiglio, nel testo recensito viene analizzata, *in primis*, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, la quale, non contenendo un'esplicita disposizione a protezione delle minoranze, fa rientrare la loro tutela in quella più ampia dei diritti dell'uomo, ossia nel principio di non discriminazione. L'inadeguatezza di tale tutela ha informato la successiva attività normativa, in materia di protezione dei gruppi minoritari, del Consiglio d'Europa, la quale, nel tentativo di formulare una soluzione, ha condotto alla redazione di diversi progetti convenzionali quali il Protocollo addizionale alla CEDU sui diritti delle minoranze, la Convenzione europea per la tutela delle minoranze e la Convenzione sui diritti fondamentali dei gruppi etnici in Europa. La ricerca di adeguate soluzioni normative ed il mancato accoglimento dei summenzionati testi hanno condotto all'elaborazione ed adozione della Carta europea delle lingue regionali o minoritarie, della Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali e del Protocollo n. 12 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Gli sviluppi occorsi nel sistema regionale europeo sono esaminati anche con riferimento alla CSCE/OSCE la cui attività normativa ha prodotto documenti di *soft law* che, in quanto tali, difettano del carattere dell'obbligatorietà. In tale contesto, l'evoluzione giuridica del problema delle minoranze è stata scandita da fasi di arresto e da altre maggiormente produttive, a partire dall'Atto finale di Helsinki del 1975 sino al Documento adottato dal Vertice di Helsinki del 1992 che ha previsto la istituzione della figura dell'Alto Commissario per le minoranze nazionali.

Nelle pagine successive, l'A. esamina come la protezione delle minoranze sia stata promossa e realizzata nell'ambito dell'Unione europea ed evidenzia, ancora una volta, la logica individualistica che ne ha informato la disciplina. L'A. distingue tra minoranze dislocate nel territorio dell'Unione e quelle che si trovano al di fuori dei suoi confini. Con riferimento alle prime, viene rilevata l'inadeguatezza dell'azione comunitaria in ambito culturale e collateralmente individuati alcuni strumenti offerti dai Trattati di Maastricht ed Amsterdam i quali, se correttamente utilizzati, potrebbero contribuire a rafforzare la diversità culturale e regionale delle minoranze. In relazione alle minoranze situate al di fuori dell'Unione, viene invece evidenziata una maggiore attenzione dell'Unione la quale, al fine della instaurazione delle relazioni con tali Paesi e, specialmente, quale condizione dell'adesione all'Unione stessa, richiede esplicitamente il rispetto delle minoranze. In sostanza, viene posto in rilievo, alla luce dell'esame degli strumenti normativi unionistici, la diversità tra il rinvio alla tutela dei diritti dell'uomo in generale, operato al fine di tutelare le posizioni delle minoranze nell'Unione europea, ed il richiamo esplicito

della necessità del rispetto delle minoranze e della loro protezione, diretto ai Paesi non facenti parte dell'Unione. Questa parte si chiude con l'analisi e le considerazioni relative all'inserimento di una esplicita clausola nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa.

L'ultima parte del volume è dedicata alle prospettive di tutela che l'A. rinviene nell'applicazione del principio di autodeterminazione interna, quale strumento normativo più proclive alla protezione dei diritti dei gruppi minoritari, di cui viene auspicata un'applicazione più estesa. In particolare l'A. si propone di verificare e dimostrare se e come le categorie di autodeterminazione dei popoli e di tutela delle minoranze abbiano nel corso dell'ultimo secolo tra loro interagito, al fine di verificarne i momenti di contatto. Il superamento delle impostazioni dottrinali tradizionali, le quali individuano il diritto di autodeterminazione (per eccellenza diritto collettivo) ed i diritti delle minoranze (diritti individuali ad esercizio collettivo) come categorie separate e tra loro non comunicanti, conduce a riconoscere l'applicazione dell'autodeterminazione interna alle minoranze e, in tal modo, riesce a superare la dimensione individuale della tutela di queste ultime. Ad opinione di chi scrive, sebbene sia pregevole il tentativo di pervenire, in tal modo, al riconoscimento dell'identità collettiva dei gruppi interessati, resta da verificare se ed in quali termini la *vexata quaestio* relativa alla riconoscibilità del principio di autodeterminazione ai gruppi minoritari trovi oggi risposta positiva.

Il testo recensito è destinato a chi desideri acquisire una conoscenza d'insieme dei numerosi strumenti normativi di *soft* e *hard law*, degli organi e delle procedure che la Comunità internazionale ha realizzato, a partire dal XVI e XVII secolo sino ad oggi, in materia di tutela dei diritti delle minoranze. Colpisce l'ampiezza dell'approfondimento e delle fonti sottoposte ad esame la quale evidenzia l'intento di non trascurare nessuno strumento. I diversi sistemi sono oggetto di trattazione puntale e dettagliata; l'esame è condotto seguendo un criterio cronologico-evolutivo, che ben risponde all'esigenza di tracciare l'evoluzione della materia. In conclusione, il lavoro costituisce un contributo pregevole per l'approfondimento del problema delle minoranze e della protezione che ad esse viene offerta dalle istituzioni degli ordinamenti internazionale ed europeo.

Caterina Tuosto**

** Dottoranda in Diritto Internazionale e Diritto interno in materia internazionale / Università degli Studi di Salerno; M.Phil.; LL.M.

Libri ricevuti nell'anno 2007

(con riserva di recensione)

- AA.VV. (Amatucci L. - Giscard d'Estaing E. - Dragan J. C. - Farnararo P. - Nouailhat Y.-H. - Vanbergen P.), *L'éducation et la formation du citoyen européen - Lo spazio europeo dell'educazione*, Milano, Edizioni Nagard, 2007
- AA.VV. (a cura di Matteini Chiari S. - Allegrucci F. - Antonioli F. - Baldinelli G. - Baleani N. - Fiorucci C. - Fiorucci O. N. - Matteini Chiari M. E. - Marchetti M. L. - Milli G. - Minelli G. - Monacelli M. - Piergentili C. - Rosati B. - Rosimini C. - Santioni L. - Severini G.), *Le responsabilità in materia ambientale. Regimi e soggetti* - Atti del Convegno nazionale - Gubbio, 11-12 novembre 2005, Padova, Cedam, 2007
- ANGELINI F., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea – I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, Cedam, 2007
- BENVENUTI M., *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano – Un'introduzione*, Padova, Cedam, 2007
- BORGIA F., *La responsabilità sociale delle imprese multinazionali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007
- BUTTI L., *The precautionary principle in environmental law - Neither arbitrary nor capricious if interpreted with equilibrium*, Milano, Giuffrè, 2007
- D'ADDEZIO M. - GERMANÒ A. (a cura di), *La regolazione e la promozione del mercato alimentare nell'Unione europea - Esperienze giuridiche comunitarie e nazionali*, Atti del Convegno di Udine, 24-25 novembre 2006, Milano, Giuffrè, 2007
- DI TURI C., *Globalizzazione dell'economia e diritti umani fondamentali in materia di lavoro: il ruolo dell'OIL e dell'OMC*, Milano, Giuffrè, 2007
- FOIS P. (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente* - XI Convegno SIDI - Alghero, 16-17 giugno 2006, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007

- GERMANÒ A., *Corso di diritto agroalimentare*, Torino, Giappichelli, 2007
- MENGOZZI P., *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali - L'interpretazione delle norme nazionali di attuazione delle direttive comunitarie*, Padova, Cedam, 2007
- RAVASI G. (ed.), *L'Unione europea. Politiche comunitarie, opinione pubblica e società civile*, Milano, Edizioni Nagard, 2007
- RUBINO V., *Le denominazioni di origine dei prodotti alimentari*, Alessandria, Editrice Taro, 2007
- TORCHIA L., *Il governo delle differenze - Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, Il Mulino, 2006
- TUFANO M. L. (a cura di), *La crisi dell'Unione europea - Problematiche generali e verifiche settoriali - Atti del Convegno di Napoli, 20-21 ottobre 2006*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007
- VEDASCHI A., *À la guerre comme à la guerre? - La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, Giappichelli, 2007
- WOUTERS J. - DE MEESTER B., *The World Trade Organization - A Legal and Institutional Analysis*, Antwerpen - Oxford, Intersentia, 2007

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*

ANNA AMENDOLA, *Assegnista di ricerca in «Cooperazione giudiziaria nell'Unione europea ed ordinamento italiano» / Università degli Studi di Salerno*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

UGO DRAETTA, *Professore ordinario di Diritto Internazionale / Università Cattolica di Milano*

ANTONIO ODDO, *Avvocato in Milano; Professore a contratto / Università degli Studi di Pavia*

PAOLA TRADATI, *Avvocato in Milano*

CATERINA TUOSTO, *Dottoranda in Diritto Internazionale e Diritto interno in materia internazionale / Università degli Studi di Salerno; M.Phil.; LL.M.*

SERGIO VENTURA, *Già Direttore alla Commissione europea*

LAURA ZOPPO, *Dottoranda in Diritto Internazionale e dell'Unione europea / Università "Sapienza" di Roma*

ARTICOLI

IL CONTRIBUTO DEI GIUDICI ITALIANI ALLO SVILUPPO DEL DIRITTO COMUNITARIO OVVERO CINQUANT'ANNI DI RINVIO PREGIUDIZIALE*

Sommario: 1. *L'importanza del contributo fornito dai giudici italiani* - 2. *Alcuni dati statistici sui rinvii alla Corte di giustizia* - 3. *La rilevanza delle questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di giustizia* - 4. *Alcune pronunce celebri della Corte di giustizia sulle questioni poste dai giudici italiani* - 5. *Le sentenze innovative della Corte di giustizia provocate dai rinvii dei giudici italiani* - 6. *Il contributo dei giudici italiani alla dibattuta questione del risarcimento dei danni* - 7. *Il contributo dei giudici italiani all'approfondimento dei meccanismi del rinvio pregiudiziale* - 8. *Il contributo dei giudici italiani all'approfondimento del diritto materiale comunitario* - 9. *Il contributo della Corte costituzionale italiana.*

1. L'importanza del contributo fornito dai giudici italiani

Come è noto, il contributo che in questi cinquant'anni i giudici italiani hanno saputo dare per lo sviluppo del diritto comunitario è stato di primaria importanza. Basti pensare che ancora oggi, a tanti anni di distanza e con un'Unione europea che ormai conta ben ventisette Stati membri, molti dei *leading case* di diritto comunitario sono costituiti da sentenze rese dalla Corte di giustizia in risposta a questioni pregiudiziali provenienti da giudici italiani. Pronunce come *Costa c. Enel*¹, *Simmenthal*², *Ratti*³, *Cilfit*⁴, *Francovich*⁵ e

* Relazione presentata al Convegno di celebrazione dei cinquant'anni dalla firma del Trattato di Roma organizzato dall'Università di Padova il 7 novembre 2007.

¹ Sentenza del 15 luglio 1964 in causa n. 6/64, in *Raccolta*, 1964, p. 1141 e in questa *Rivista*, 1964, p. 165 ss.

² Sentenza del 9 marzo 1978 in causa n. 106/77, in *Raccolta*, 1978, p. 629 e in questa *Rivista*, 1978, p. 285 ss. con nota di F. CAPELLI, *Conflitto fra Corte di Giustizia di Lussemburgo e Corte Costituzionale italiana*, p. 289 ss.

³ Sentenza del 5 aprile 1979 in causa n. 148/78, in *Raccolta*, 1978, p. 1629.

molte altre fanno parte dei precedenti più citati in dottrina e continuano ad essere richiamati dagli Avvocati Generali nelle loro conclusioni e talvolta dalla stessa Corte di giustizia. Anche tra le maggiori sentenze recenti se ne trovano numerose di derivazione italiana: si pensi a *Pupino*⁶, *Traghetti del Mediterraneo*⁷ e, da ultimo, *Lucchini*⁸.

Mi è sembrato perciò utile e appropriato ripercorrere con voi questo pomeriggio alcuni di questi celebri casi per mostrare come i giudici italiani abbiano svolto agli albori della giurisprudenza comunitaria e svolgano ancora oggi una fondamentale funzione di stimolo nei confronti della Corte di giustizia, chiamandola a prendere posizione su questioni assolutamente centrali quali il principio del primato, la portata dell'efficacia diretta delle direttive, l'esistenza di una responsabilità degli Stati membri per danni causati dalla violazione degli obblighi comunitari e, da ultimo, con la richiamata sentenza *Lucchini*, i rapporti tra efficacia della cosa giudicata e rispetto degli obblighi comunitari in materia di aiuti di Stato.

Non c'è dubbio che anche giudici di altri Stati membri abbiano egregiamente affiancato quelli italiani in questo compito. Sembra tuttavia a chi vi parla che, a giudicare dai risultati, i giudici italiani si siano mostrati molto bravi, se non i più bravi in assoluto, avendo saputo individuare prima di altri alcune gravi questioni sollevate dall'interferenza tra diritto comunitario e diritto nazionale e avendo chiesto alla Corte di prendere posizione in proposito già nei primi anni dell'esperienza giurisprudenziale. Ciò ha permesso ad alcuni degli esiti più avanzati prodotti dalla giurisprudenza di consolidarsi in un'epoca in cui l'ideale dell'integrazione europea era ancora largamente condiviso dalle classi politiche e dall'opinione pubblica dei vari Stati membri.

Sotto questo profilo, un'ampia fetta di merito va riconosciuta anche alla nostra Corte costituzionale. Benché si sia sempre mantenuta estranea al dialogo diretto tra Corte comunitaria e giudice nazionale, rifiutando di considerarsi «giurisdizione di uno degli Stati membri» ai sensi dell'art. 234 CE⁹, la Consulta ha intrattenuto con la Corte di Lussemburgo un serrato confronto, confronto che

⁴ Sentenza del 6 ottobre 1982 in causa n. 283/81, in *Raccolta*, 1982, p. 3415 e in questa *Rivista*, 1983, p. 135 ss. (con i testi delle memorie e delle arringhe di tutte le parti).

⁵ Sentenza del 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5357 e in questa *Rivista*, 1992, p. 81.

⁶ Sentenza del 16 giugno 2005 in causa n. C-105/03, in *Raccolta*, 2005, I, p. 5285.

⁷ Sentenza del 13 giugno 2006 in causa n. C-173/03, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5177 e massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 741.

⁸ Sentenza del 18 luglio 2007 in causa n. C-119/05, in *Raccolta*, 2007, I, p. 6199 e in questa *Rivista*, 2007, p. 729 con commento di M. T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, p. 733 ss.

⁹ Ordinanza del 29 dicembre 1995, n. 536, in *Giur. cost.*, 1995, I, p. 4459. Si segnala che, in epoca successiva alla redazione del presente scritto, la Corte costituzionale ha operato un primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nell'ambito di un giudizio di costituzionalità in via d'azione: ordinanza del 13 febbraio 2008 n. 103.

ha prodotto, come meglio spiegherò più avanti, un'influenza benefica per entrambe e per lo sviluppo del diritto comunitario nel suo insieme.

2. Alcuni dati statistici sui rinvii alla Corte di giustizia

Per apprezzare l'importanza del ruolo svolto dai giudici italiani, è opportuno dare uno sguardo alle statistiche pubblicate sul sito ufficiale della Corte di giustizia, che si riferiscono agli anni fino a tutto il 2006¹⁰.

Ne risulta che i giudici italiani sono i secondi in assoluto per numero di rinvii pregiudiziali: 896. Soltanto i giudici tedeschi hanno fatto meglio con 1.542 rinvii. Il numero complessivo dei rinvii italiani peraltro sopravanza di molte lunghezze quello dei rinvii provenienti dalla Francia (717), dai Paesi Bassi (666) e dal Belgio (533), senza contare i rinvii operati da giudici di Stati membri non fondatori: ad esempio, quelli del Regno Unito, notoriamente molto attivi nel dialogo con la Corte, si fermano ad un totale di 418 rinvii.

È vero che tra i rinvii italiani la percentuale di quelli operati dai giudici di ultima istanza (Corte di cassazione e Consiglio di Stato) è alquanto bassa (intorno al 10% del totale), contro percentuali più elevate, ad esempio, in Belgio e Germania, dove i rinvii da parte delle giurisdizioni superiori si attestano intorno al 20% del totale nazionale, o addirittura nei Paesi Bassi, dove la percentuale è vicina al 30%.

In uno studio pubblicato nel 2003¹¹, è stato dimostrato quanto spesso, ricorrendo a motivazioni opinabili se non chiaramente errate, la Corte di cassazione abbia evitato di attivare il rinvio pregiudiziale, nonostante che, a norma del comma terzo dell'art. 234 del Trattato, il rinvio sia obbligatorio nel caso di giudici di ultima istanza. I principi contenuti nella citata sentenza *Traghetti del Mediterraneo*¹², che si riferiva proprio alla responsabilità per danni causati da un mancato rinvio da parte della Suprema Corte e dalla conseguente emanazione di una sentenza errata ai sensi del diritto comunitario, potrebbero comportare un mutamento di atteggiamento e un maggiore ricorso al meccanismo del rinvio pregiudiziale.

Va peraltro dato atto che, nonostante la descritta ritrosia, non sono mancati nel tempo rinvii da parte della Corte di cassazione e, in misura minore, del Consiglio di Stato che hanno dato vita a sentenze di grande rilievo: oltre al rinvio nel caso *Cilfit*¹³, si può citare il rinvio che ha portato alla sentenza

¹⁰ http://curia.europa.eu/it/instit/presentationfr/rapport/stat/06_cour_stat.pdf

¹¹ C. SCHEPISI, *Rinvio pregiudiziale obbligatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, Trieste, Università degli Studi, 2003.

¹² Sentenza del 13 giugno 2006 in causa n. C-173/03, *cit. supra*, nota 7.

¹³ Sentenza del 6 ottobre 1982 in causa n. 283/81, *cit. supra*, nota 4.

*Ecotrade*¹⁴, in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e disciplina comunitaria in materia di aiuti o ancora, con riferimento all'interpretazione della Convenzione di Bruxelles¹⁵, la sentenza *Capelloni e Aquilini*¹⁶, relativa al delicato problema dei provvedimenti conservativi cui può procedersi nelle more del giudizio di opposizione proposto contro l'esecuzione di una sentenza straniera.

I rinvii pregiudiziali di maggiore spessore, tuttavia, provengono da giudici di primo grado e, in minore misura, da quelli di appello. È noto a tutti che il rinvio che ha dato luogo alla celeberrima sentenza *Costa c. Enel*¹⁷, nella quale la Corte ha teorizzato il principio del primato, è stata opera di un giudice conciliatore, così come il rinvio che è alla base della sentenza *Faccini Dori*¹⁸, che invece ha confermato, con motivazione originale, la mancanza di efficacia diretta c.d. orizzontale delle direttive. La sentenza *Simmenthal*¹⁹, nella quale il principio del primato viene ulteriormente sviluppato, è frutto del rinvio pregiudiziale di un pretore, mentre la sentenza *Telemarsicabruzzo*²⁰, importante circa i limiti di ammissibilità del rinvio pregiudiziale, è scaturita dal rinvio di un vice-pretore onorario. Ancora, di recente, è stato un giudice di pace a proporre il rinvio pregiudiziale che ha dato luogo alla sentenza *Manfredi*²¹, dove la Corte ha chiarito la portata *ratione personarum* dell'efficacia diretta delle norme comunitarie in materia di concorrenza.

3. La rilevanza delle questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di giustizia

Più che il tipo di organo giurisdizionale da cui proviene il rinvio pregiudiziale, l'aspetto di maggiore interesse è tuttavia l'oggetto delle questioni sottoposte alla Corte.

¹⁴ Sentenza del 1° dicembre 1998 in causa n. C-200/97, in *Raccolta*, 1998, I, p. 7907.

¹⁵ Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Bruxelles, 27 settembre 1968), ora sostituita dal regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

¹⁶ Sentenza del 3 ottobre 1985 in causa n. 119/84, in *Raccolta*, 1985, p. 3147.

¹⁷ Sentenza del 15 luglio 1964 in causa n. 6/64, *cit. supra*, nota 1.

¹⁸ Sentenza del 14 luglio 1994 in causa n. C-91/92, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3325 e in questa *Rivista*, 1994, p. 361, con commento.

¹⁹ Sentenza del 9 marzo 1978 in causa n. 106/77, *cit. supra*, nota 2.

²⁰ Sentenza del 26 gennaio 1993 in cause riunite n. C-320/90, n. C-321/90 e n. C-322/90, in *Raccolta*, 1993, I, p. 393.

²¹ Sentenza del 13 luglio 2006 in cause riunite da n. C-295/04 a n. C-298/04, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6619 e massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 532.

Da questo punto vista, sin dal primo rinvio di origine italiana (proprio quello del Giudice conciliatore di Milano nel caso *Costa c. Enel*), si evidenzia la netta tendenza dei giudici italiani a portare all'attenzione della Corte di giustizia questioni che mettono in gioco la compatibilità con il diritto comunitario di una norma interna (quasi sempre una norma di legge o avente forza di legge) nonché le conseguenze che da un conflitto normativo del genere il giudice deve trarre.

Forse perché già adusi a mettere in discussione la legittimità di norme di legge attraverso il giudizio di costituzionalità in via d'eccezione (meccanismo che, peraltro, aveva costituito il modello dello stesso art. 234), i giudici italiani intuiscono da subito che l'idoneità di alcune norme comunitarie a creare diritti a favore dei singoli (riconosciuta sin dalla sentenza *Van Gend & Loos*²²) pone in termini drammatici il problema di stabilire come devono essere risolti i conflitti con le norme interne incompatibili.

Ecco il senso dell'unica questione pregiudiziale posta, in termini in verità molto ermetici e non conformi alla lettera dell'art. 234, dal Giudice conciliatore di Milano nel caso *Costa c. Enel*, circa la compatibilità tra la legge sulla nazionalizzazione dell'energia elettrica e vari articoli del Trattato CE. Nella questione, in realtà, viene dato già per acquisito che le disposizioni di tale legge «violino gli artt. 102, 93, 53, 37 del Trattato». Il giudice remittente sospende il giudizio e trasmette gli atti di causa alla Corte solo perché egli ha bisogno di sapere (benché non vi sia al riguardo un'esplicita questione) come deve comportarsi. Cioè se deve dare la prevalenza alle richiamate norme del Trattato ovvero deve applicare le disposizioni della legge italiana, anche considerato che si tratta di disposizioni successive rispetto al Trattato e alla relativa legge di esecuzione.

Come è assai noto, la risposta della Corte è nel primo senso: la norma interna, *downgraded* nel linguaggio della sentenza a mero «provvedimento unilaterale ulteriore» cioè successivo di uno Stato membro, non può mai prevalere sulla norma comunitaria rispetto alla quale sia incompatibile.

Un conflitto tra norme del Trattato e norme di legge interna è al cuore anche del secondo – in ordine di tempo – rinvio pregiudiziale operato da un giudice italiano, questa volta il Tribunale di Roma. Nella causa *Albatros*²³, il Tribunale, anticipando la problematica emersa drammaticamente alcuni anni dopo ad opera di un altro giudice italiano (il Pretore di Brà nella celebre causa *Foglia c. Novello*²⁴), pone alla Corte il problema dell'eventuale abrogazione,

²² Sentenza del 5 febbraio 1963 in causa n. 26/62, in *Raccolta*, 1963, p. 3 e in questa *Rivista*, 1963, p. 44.

²³ Sentenza del 4 febbraio 1965 in causa n. 20/64, in *Raccolta*, 1965, p. 41 e in questa *Rivista*, 1965, p. 55.

²⁴ Sentenze dell'11 marzo 1980 in causa n. 104/79, in *Raccolta*, 1980, p. 745 e del 16 dicembre 1981 in causa n. 244/80, in *Raccolta*, 1981, p. 3045 e in questa *Rivista*, 1982, p. 491.

per effetto dell'entrata in vigore del Trattato, di alcune disposizioni legislative e amministrative di un altro Stato membro (la Francia), alcune delle quali successive rispetto al Trattato, ma che si ponevano in contrasto, in particolare, con il divieto di restrizioni quantitative. Il quesito viene risolto negativamente dalla Corte, nella sua sentenza, ma soltanto perché le norme del Trattato invocate sono giudicate insufficientemente precise.

Analogamente il terzo rinvio di un giudice italiano, in questo caso la Corte d'appello di Roma, nel caso *Salgoil*²⁵, solleva il caso di un conflitto tra gli artt. 30 e seguenti del Trattato, sempre in merito all'abolizione delle restrizioni quantitative, e un decreto ministeriale. Il problema qui riguarda non tanto il conflitto in sé, ma il tipo di tutela che l'ordinamento italiano deve assicurare agli interessati: in particolare se la posizione giuridica dell'importatore sottoposto ad una restrizione, a suo giudizio incompatibile con i citati articoli del Trattato, vada configurata come un vero e proprio diritto soggettivo, rientrando quindi nella competenza del giudice ordinario, ovvero un mero interesse legittimo, tutelabile soltanto davanti al giudice amministrativo. La Corte sibilinamente, da un lato, chiarisce che gli articoli del Trattato in discussione «obbligano le autorità e in particolare i giudici competenti degli Stati membri a proteggere gli interessi dei singoli contro eventuali violazioni di dette disposizioni, garantendo loro la tutela diretta e immediata dei loro interessi», e ciò «indipendentemente dal rapporto intercorrente, secondo il diritto nazionale, fra detti interessi e l'interesse pubblico»; dall'altro, tuttavia, ammette che «spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro il designare la giurisdizione competente e, a tale effetto, il qualificare detti diritti in base ai criteri del diritto nazionale», ponendo le basi del tormentato principio dell'autonomia processuale degli Stati membri, oggetto di numerose pronunce della Corte, anche su iniziativa dei giudici italiani²⁶.

Nel nostro Paese, come è noto, il problema dei conflitti tra norma comunitaria e norma (di legge) interna viene esaminato parallelamente anche dalla Corte costituzionale. Non voglio tediare nel ricordare la posizione originaria di netta chiusura adottata nella sentenza n. 14/64²⁷, emessa anch'essa in relazione ad un'altra causa *Costa c. Enel*, il successivo mutamento di rotta impartito con la sentenza n. 232/75²⁸ e l'ancor più radicale svolta compiuta dalla

²⁵ Sentenza del 19 dicembre 1968 in causa n. 13/68, in *Raccolta*, 1968, p. 661 e in questa *Rivista*, 1968, p. 804.

²⁶ Mi sia consentito rinviare in proposito al mio *Diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 212 ss.

²⁷ Sentenza del 7 marzo 1964, n. 14, in *Foro it.*, 1964, I, c. 465 e in questa *Rivista*, 1964, p. 21 ss.

²⁸ Sentenza del 30 ottobre 1975, n. 232, in *Foro it.*, 1976, I, c. 542 e in questa *Rivista*, 1975, p. 635 con commento di F. CAPELLI, *Norme nazionali posteriori confliggenti con quelle comunitarie*, p. 640 ss.

Consulta con la sentenza n. 170/84²⁹. Mi limito a sottolineare che l'esito finale di tale evoluzione è stato direttamente influenzato, se non addirittura determinato, dagli interventi "correttivi" e di puntualizzazione della Corte di giustizia, a loro volta provocati, da rinvii pregiudiziali operati da giudici italiani.

In particolare, il Pretore di Susa, con la sua ordinanza di rinvio nel caso *Simmenthal*, aveva provocato da parte della Corte una presa di posizione così chiaramente contraria a quella allora seguita dalla Corte costituzionale³⁰ da porre la stessa di fronte a un'alternativa senza scampo: continuare a rivendicare la propria competenza esclusiva a dichiarare l'incostituzionalità delle norme di legge in contrasto con una norma comunitaria precedente, con la certezza di mettere l'Italia in gravi difficoltà di fronte alle istituzioni e agli altri Stati membri e il rischio di una grave crisi dagli esiti imprevedibili, ovvero accettare la soluzione (se non l'impostazione teorica a sostegno) della sentenza *Simmenthal* e rinunciare – salvo quando siano in gioco i famosi controlimiti – a pronunciarsi su conflitti normativi tra diritto comunitario e diritto interno italiano.

4. Alcune pronunce celebri della Corte di giustizia sulle questioni poste dai giudici italiani

Scorrendo i rinvii operati nel tempo dai giudici italiani, è possibile osservare come siano stati proprio questi a dare alla Corte l'occasione per affermare nuovi ed importanti orientamenti interpretativi.

Si è già ricordato che il principio dell'efficacia diretta con riferimento a norme del Trattato sufficientemente precise ed incondizionate risale alla sentenza *Van Gend & Loos*³¹, pronunciata su rinvio di un giudice dei Paesi Bassi.

I giudici italiani hanno invece contribuito, con i loro rinvii, all'estensione dello stesso principio con riferimento ai regolamenti. Si possono al riguardo citare i casi *Leonesio*³² e *Variola*³³.

Il primo, sottoposto dal Pretore di Lonato, riguardava, come ricorderete, il pagamento di un premio per l'abbattimento delle mucche da latte. Il premio era previsto da un regolamento comunitario, che tuttavia ne affidava il finan-

²⁹ Sentenza dell'8 giugno 1984, n. 170, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2062 e in questa *Rivista*, 1984, p. 193 ss. con commento di M. DONNARUMMA, *Sul controllo di compatibilità fra diritto interno e diritto comunitario*, p. 206 ss.

³⁰ Sentenza del 9 marzo 1978 in causa n. 106/77, *Simmenthal*, cit. *supra*, nota 2.

³¹ Sentenza del 5 febbraio 1963 in causa n. 26/62, cit. *supra*, nota 22.

³² Sentenza del 17 maggio 1972 in causa n. 93/71, in *Raccolta*, 1972, p. 287 e in questa *Rivista*, 1972, p. 230.

³³ Sentenza del 10 ottobre 1973 in causa n. 34/73, in *Raccolta*, 1973, p. 981 e in questa *Rivista*, 1973, p. 414.

ziamento e il pagamento alle autorità nazionali. Nella sentenza la Corte afferma, per la prima volta in termini così espliciti che «il regolamento comunitario produce effetti immediati ed è, in quanto tale, atto ad attribuire ai singoli dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare». Inoltre, prendendo posizione sull'obiezione che, mancando una legge di stanziamento, le autorità nazionali non potevano, in base all'ordinamento interno, pagare il premio richiesto dagli interessati, la Corte giudica che «i diritti di credito nei confronti dello Stato, attribuiti da detto regolamento, sorgono quando sono soddisfatte le condizioni da esso poste, senza che sia possibile subordinare il loro esercizio, sul piano nazionale, a disposizioni d'attuazione diverse da quelle eventualmente prescritte dallo stesso regolamento».

Nel caso *Variola*, provocato da un rinvio del Presidente del Tribunale di Trieste, la Corte ha avuto modo di prendere posizione sulla prassi italiana di attuare i regolamenti attraverso decreti legislativi, che spesso ne posticipavano la data di entrata in vigore. La sentenza afferma, in termini molto netti, l'incompatibilità di detta prassi con il carattere della diretta applicabilità dei regolamenti prevista dall'art. 249, comma secondo, CE. La Corte inoltre precisa che «l'efficacia diretta negli ordinamenti giuridici degli Stati membri propria dei regolamenti (...) non potrebbe essere contrastata in giudizio da una legge interna, senza che vengano messi in forse sia il carattere essenziale delle norme comunitarie in quanto tali, sia il principio fondamentale della preminenza dell'ordinamento giuridico comunitario».

Il contributo dei rinvii di provenienza italiana si è fatto sentire in maniera ancora più forte quanto al riconoscimento del principio secondo cui anche le direttive inattuate possono, a determinate condizioni, produrre degli effetti diretti.

Cito solo *en passant* la sentenza *SACE*³⁴, su rinvio del tribunale di Brescia, dove la Corte, ben quattro anni prima della sentenza *Van Duyn*³⁵, ammette che una direttiva, la quale dava attuazione nel corso del periodo transitorio, agli artt. 9 e 13 CE, «è direttamente efficace nei rapporti fra lo Stato membro destinatario della direttiva e i suoi cittadini» a partire dalla fine del suddetto periodo.

Il tema della diretta efficacia delle direttive e soprattutto dei limiti che tale efficacia diretta incontra ha richiamato molta attenzione da parte dei giudici italiani e ha portato a molti rinvii, alcuni dei quali sollevano questioni molto importanti. Ciò è probabilmente dovuto ai cronici ritardi con cui l'Italia dava attuazione alle direttive.

In *Ratti*³⁶, ad esempio, le questioni pregiudiziali del Pretore di Milano,

³⁴ Sentenza del 17 dicembre 1970 in causa n. 33/70, in *Raccolta*, 1970, p. 1213 e in questa *Rivista*, 1970, p. 516.

³⁵ Sentenza del 4 dicembre 1974 in causa n. 41/74, in *Raccolta*, 1974, p. 1337 e in questa *Rivista*, 1975, p. 253.

³⁶ Sentenza del 5 aprile 1979 in causa n. 148/78, *cit. supra*, nota 3.

consentono alla Corte non soltanto di precisare meglio i presupposti e le motivazioni che giustificano il riconoscimento di effetti diretti ad una direttiva inattuata, ma anche di precisare la portata temporale di tali effetti, ancorandola alla scadenza del termine concesso agli Stati membri per l'attuazione.

In *Faccini Dori*³⁷, invece, il rinvio del Giudice conciliatore di Firenze offre alla Corte l'estro di tornare *ex professo* sul principio secondo cui le direttive inattuate, anche se precise ed incondizionate, sono prive di efficacia diretta orizzontale, cioè non possono essere invocate contro un altro singolo. Il principio già presente in giurisprudenza a partire dalla sentenza *Marshall*³⁸ non era stato ancora sufficientemente chiarito né motivato dalla Corte. La sentenza *Faccini Dori*, inoltre, consente alla Corte di sdrammatizzare le conseguenze di tale principio, inserendolo all'interno di un sistema di rimedi complementari utilizzabili dagli interessati in caso di mancata attuazione di una direttiva, rimedi che includono l'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno da parte dei giudici nazionali e il diritto di ottenere il risarcimento dei danni dallo Stato membro responsabile.

5. Le sentenze innovative della Corte di giustizia provocate dai rinvii dei giudici italiani

Su entrambi questi rimedi alternativi i giudici italiani, attraverso i loro rinvii, hanno stimolato la Corte e ottenuto sentenze fortemente innovative.

Ciò vale per il richiamato obbligo posto a carico del giudice nazionale di interpretare, per quanto possibile, il diritto nazionale e, in particolare ma non soltanto, le disposizioni d'attuazione, in maniera conforme ad una direttiva scaduta ma non attuata.

Il principio risale a sentenze (*Von Colson*³⁹ e *Marleasing*⁴⁰) provocate da rinvii di giudici rispettivamente tedeschi e spagnoli. I giudici italiani, tuttavia, hanno ottenuto in proposito importanti precisazioni. In particolare nella sentenza *Arcaro*⁴¹, pronunciata su rinvio del Pretore di Vicenza in funzione di giudice penale, la Corte, dopo aver fornito la corretta interpretazione da dare alla disposizione di una direttiva in materia di inquinamento da scarico di sostanze pericolose nell'ambiente idrico e aver ricordato che una direttiva non

³⁷ Sentenza del 14 luglio 1994 in causa n. C-91/92, *cit. supra*, nota 18.

³⁸ Sentenza del 26 febbraio 1986 in causa n. 152/84, in *Raccolta*, 1986, p. 723 e in questa *Rivista*, 1987, p. 87.

³⁹ Sentenza del 10 aprile 1984 in causa n. 14/83, in *Raccolta*, 1984, p. 1891.

⁴⁰ Sentenza del 13 novembre 1990 in causa n. C-106/89, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4135 e massimata in questa *Rivista*, 1992, p. 53 con commento di R. GRAPPIOLO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sul rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 177 del Trattato Cee*, p. 63 ss.

⁴¹ Sentenza del 26 settembre 1996 in causa n. C-168/95, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4705.

può di per sé avere l'effetto di aggravare la responsabilità penale degli individui, prende posizione anche sul se l'interpretazione fornita obblighi il giudice ad interpretare conformemente le norme rilevanti del proprio diritto nazionale. La Corte nega che un obbligo del genere sussista quando ciò abbia come risultato di considerare penalmente vietato un comportamento che altrimenti non sarebbe stato sanzionabile. Secondo la Corte, opinando per l'opposta soluzione, si aggirerebbe il principio secondo cui un singolo non può essere soggetto ad un obbligo previsto da una direttiva non ancora trasposta nell'ordinamento interno.

Su questo stesso ordine di problemi, è il caso di citare anche la sentenza *Berlusconi*⁴², emessa su rinvii del Tribunale di Milano e della Corte d'appello di Lecce. La tesi sostenuta dinanzi alla Corte era che, nonostante precedenti come la richiamata sentenza *Arcaro*, fosse possibile trarre da alcune direttive in materia societaria e in particolare dall'obbligo da esse ricavabile di sanzionare adeguatamente la pubblicazione di false comunicazioni sociali un impedimento all'applicazione della vigente legislazione italiana in materia di falso in bilancio, in quanto più mite della legislazione in vigore al momento della commissione dei fatti di causa. Ritenendo che il principio dell'applicazione retroattiva delle legge penale più mite faccia parte dei principi generali del diritto comunitario e ricordando che una direttiva non può di per sé determinare o aggravare la responsabilità penale degli individui, la Corte ha giustamente, a mio avviso, respinto la tesi proposta.

Rimanendo in tema di obbligo di interpretare il diritto nazionale conformemente al diritto comunitario, non può non menzionarsi la sentenza *Pupino*⁴³, emessa su rinvio del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Firenze. L'importanza di questa decisione, come è noto, sta nell'aver la Corte esteso l'obbligo in questione anche alle decisioni quadro adottate nell'ambito del Titolo IV del Trattato sull'Unione europea, noto come III pilastro, relativo alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. E ciò nonostante che, a norma dell'art. 34.1, lett. b., TUE, le decisioni quadro siano definite come atti privi di efficacia diretta.

6. Il contributo dei giudici italiani alla dibattuta questione del risarcimento dei danni

Ho accennato al diritto degli interessati di ottenere il risarcimento dei danni subiti in conseguenza della mancata o ritardata attuazione da parte di

⁴² Sentenza del 3 maggio 2005 in cause riunite n. C-387/02, n. C-391/02 e n. C-403/02, in *Raccolta*, 2005, I, p. 3565.

⁴³ Sentenza del 16 giugno 2005 in causa n. C-105/03, *cit. supra*, nota 6.

uno Stato membro di una direttiva.

È noto come tale principio fortemente innovativo è stato affermato per la prima volta nella sentenza *Francovich*⁴⁴, emessa su rinvio dei Pretori di Vicenza e di Bassano del Grappa. Meno noto è che lo stesso principio aveva trovato una parziale quanto fugace anticipazione in una remota sentenza del 1976, anch'essa frutto di un rinvio d'origine italiana: la sentenza *Russo c. AIMA*⁴⁵, resa su rinvio del Pretore di Bovino. La Corte vi affermava che, nell'ipotesi di un danno che «derivi dalla violazione di una norma di diritto comunitario da parte dello Stato, questo dovrà rispondere, nei confronti del soggetto leso, in conformità alle disposizioni di diritto interno relative alla responsabilità della pubblica amministrazione».

Una particolare applicazione della giurisprudenza *Francovich* che assume una rilevantissima valenza in chiave di ordinamento italiano è contenuta nella già citata sentenza *Traghetti del Mediterraneo*⁴⁶, provocata da un rinvio del Tribunale di Genova. La sentenza smantella letteralmente la legge 13 aprile 1988 n. 117, sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e sulla responsabilità civile dei magistrati, rendendola inapplicabile, nei suoi elementi più restrittivi, alle ipotesi di azione di responsabilità per errore giudiziario commesso da un organo di ultimo grado qualora l'errore comporti una violazione del diritto comunitario.

7. Il contributo dei giudici italiani all'approfondimento dei meccanismi del rinvio pregiudiziale

Il contributo dei giudici italiani è stato prezioso anche per quanto riguarda lo stesso meccanismo del rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE.

In questo campo, le sentenze importanti originate da rinvii italiani sono numerosissime. Citerò la sentenza *Grimaldi*⁴⁷, sull'ammissibilità di un rinvio pregiudiziale concernente una raccomandazione, le due sentenze *Foglia c. Novello*⁴⁸, che hanno individuato la categoria delle questioni puramente fittizie, riguardo alle quali la Corte si ritiene incompetente a rispondere, la sentenza *Telemarsicabruzzo*⁴⁹, che individua dei requisiti minimi, in termini di

⁴⁴ Sentenza del 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *cit. supra*, nota 5.

⁴⁵ Sentenza del 22 gennaio 1976 in causa n. 60/75, in *Raccolta*, 1976, p. 45 e in questa *Rivista*, 1976, p. 105 con nota di F. CAPELLI, *Normativa agricola comunitaria e interventi unilaterali degli Stati*, p. 107 ss.

⁴⁶ Sentenza del 13 giugno 2006 in causa n. C-173/03, *cit. supra*, nota 7.

⁴⁷ Sentenza del 13 dicembre 1989 in causa n. 322/88, in *Raccolta*, 1989, p. 4407.

⁴⁸ Sentenze dell'11 marzo 1980 in causa n. 104/79 e del 16 dicembre 1981 in causa n. 244/80, *cit. supra*, nota 24.

⁴⁹ Sentenza del 26 gennaio 1993 in cause riunite n. C-320/90, n. C-321/90 e n. C-322/90, *cit. supra*, nota 20.

elementi fattuali e relativi al diritto interno, senza i quali la Corte non ritiene di potersi pronunciare, le due sentenze *Job Centre*⁵⁰, sulla nozione di «giurisdizione di uno Stato membro» abilitata a rinviare, in relazione alla particolare posizione di quello che era un tempo il giudice del registro delle società, e molte altre.

La più importante di queste pronunce è tuttavia, senza ombra di dubbio, la sentenza *Cilfit*⁵¹. Il rinvio della Corte di cassazione induce la Corte ad operare un'interpretazione in senso restrittivo del comma terzo dell'art. 234 e dell'obbligo di rinvio da tale norma previsto a carico dei giudici di ultima istanza. Come è noto, in *Cilfit*, la Corte precisa, in primo luogo, che anche giudici di questo livello sono competenti a valutare la necessità del rinvio ai fini della decisione finale. In secondo luogo, la Corte individua tre ipotesi in cui il rinvio, anche se giudicato necessario, può essere omesso. Tra queste, quella più delicata appare senz'altro la terza. Autorizzare il giudice di ultimo grado a considerare la questione sufficientemente chiara da non richiedere l'intervento della Corte è stato, ammettiamolo pure, un azzardo, nonostante le numerose cautele con cui la sentenza cerca di circoscrivere il rischio. Ma ciò non può dirsi essere colpa in sé della questione posta della Cassazione. Esso è probabilmente spiegabile come un segnale che la Corte ha voluto dare ai giudici supremi degli Stati membri, affinché operino con piena responsabilità nel loro ruolo delicatissimo di ultima istanza di protezione giurisdizionale dei diritti di derivazione comunitaria.

Il contrappeso di un tale segnale è stata l'affermazione, contenuta nella sentenza *Köbler*⁵² e precisata in quella *Traghetti del Mediterraneo*⁵³, della possibilità di ottenere la condanna del giudice di ultimo grado al risarcimento del danno, qualora abbia emesso una sentenza in violazione del diritto comunitario, responsabilità aggravata in caso di mancato rinvio alla Corte di giustizia.

8. Il contributo dei giudici italiani all'approfondimento del diritto materiale comunitario

Anche per quanto riguarda l'interpretazione del diritto comunitario c.d. materiale, cioè delle norme relative alla libertà di circolazione e alle varie po-

⁵⁰ Sentenza del 19 ottobre 1995 in causa n. C-111/94, in *Raccolta*, 1995, I, p. 3361 e massimata in questa *Rivista*, 1996, p. 125 e sentenza dell'11 dicembre 1997 in causa n. C-55/96, in *Raccolta*, 1997, I, p. 7119 e in questa *Rivista*, 1998, p. 153 con commento di F. CAPELLI, *La Corte di giustizia Ce riconosce l'illegittimità del monopolio italiano di collocamento della manodopera*, 1998, p. 167 ss.

⁵¹ Sentenza del 6 ottobre 1982 in causa n. 283/81, *cit. supra*, nota 4.

⁵² Sentenza del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 55.

⁵³ Sentenza del 13 giugno 2006 in causa n. C-173/03, *cit. supra*, nota 7.

litiche comunitarie, i rinvii dei giudici italiani hanno consentito alla Corte di giustizia di aprire nuove strade.

Naturalmente sotto questi aspetti i rinvii si sono concentrati su problemi particolarmente rilevanti nel contesto dell'ordinamento italiano.

Si vedano, ad esempio, le numerose sentenze che, negli anni Settanta e Ottanta, hanno consentito alla Corte, dapprima, di definire la nozione di tassa d'effetto equivalente ad un dazio doganale in riferimento a varie tasse previste dall'ordinamento tributario italiano (sentenze *Eunomia di Porro*⁵⁴, *Politi*⁵⁵, *Marimex*⁵⁶ e numerose altre); in un secondo momento, di affermare il diritto degli interessati a richiedere il rimborso di quanto indebitamente pagato e di definire le condizioni alle quali le legislazioni nazionali possono subordinare l'esercizio di tale diritto (*San Giorgio*⁵⁷ e più recentemente *Fantask*⁵⁸).

Tra le altre sentenze molto innovative provocate da rinvii italiani si segnalano, a mo' di esempio, le seguenti: *Gebhard*⁵⁹, in merito agli ostacoli all'esercizio del diritto di stabilimento derivanti da normative indistintamente applicabili; *Consorzio italiano fiammiferi*⁶⁰, sulla possibilità da parte delle autorità nazionali *antitrust* (come la nostra Autorità garante della concorrenza e del mercato) di sanzionare comportamenti di imprese, quando questi comportamenti siano imposti dalla normativa nazionale vigente; *Manfredi*⁶¹, sulla possibilità che i consumatori chiedano il risarcimento per il danno subito in relazione a un cartello messo in atto dai loro fornitori (gli assicuratori r.c.a.) in violazione dell'art. 81 TCE; infine *Lucchini*⁶², dove la Corte si pronuncia sul contrasto tra una sentenza passata in giudicato, che afferma il diritto di un'impresa a ricevere determinati finanziamenti pubblici, e l'obbligo a carico dello Stato membro in questione di ottenere il rimborso di tali finanziamenti perché costituenti aiuti di Stato vietati dall'art. 87 CE.

⁵⁴ Sentenza del 26 ottobre 1971 in causa n. 18/71, in *Raccolta*, 1971, p. 811 e in questa *Rivista*, 1971, p. 487.

⁵⁵ Sentenza del 14 dicembre 1971 in causa n. 43/71, in *Raccolta*, 1971, p. 1039 e in questa *Rivista*, 1972, p. 85.

⁵⁶ Sentenza del 7 marzo 1972 in causa n. 84/71, in *Raccolta*, 1972, p. 89 e in questa *Rivista*, 1972, p. 88.

⁵⁷ Sentenza del 9 novembre 1983 in causa n. 199/82, in *Raccolta*, 1983, p. 3595 e in questa *Rivista*, 1983, p. 483 con commento di S. ZARRILLI, *La ripetizione dell'indebito nel diritto comunitario*, p. 505 ss.

⁵⁸ Sentenza del 2 dicembre 1997 in causa n. C-188/95, in *Raccolta*, 1997, I, p. 6783.

⁵⁹ Sentenza del 30 novembre 1995 in causa n. C-55/94, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4165 e in questa *Rivista*, 1996, p. 287 con nota di E. ADOBATI, *Differenza tra libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento per l'esercizio della professione forense secondo la sentenza della Corte di giustizia nel caso Gebhard*, p. 293 e commento di A. BARANI, *Il caso Gebhard: un avvocato tedesco in Italia*, p. 301.

⁶⁰ Sentenza del 9 settembre 2003 in causa n. C-198/01, in *Raccolta*, 2003, I, p. 8055.

⁶¹ Sentenza del 13 luglio 2006 in cause riunite da n. C-295/04 a n. C-298/04, *cit. supra*, nota 21.

⁶² Sentenza del 18 luglio 2007 in causa n. C-119/05, *cit. supra*, nota 8.

In tutti questi casi e in altri, che non cito per mancanza di tempo, la sollecitazione venuta dal rinvio di un giudice italiano ha permesso alla Corte di affermare nuovi principi interpretativi o di apportare importanti precisazioni.

9. Il contributo della Corte costituzionale italiana

Chiuderò questa breve carrellata facendo un riferimento al contributo specifico della Corte costituzionale.

Va anzitutto osservato come il percorso della giurisprudenza della Consulta e quello della Corte di giustizia, in questi anni, si siano incrociati ripetutamente e abbiano dato vita a interessanti, quanto varie combinazioni.

Nel corso delle loro parallele esperienze alle due Corti è capitato di pronunciarsi in due occasioni sullo stesso, identico caso o su casi identici, anche per quanto riguarda le parti: oltre al caso *Costa c. Enel*⁶³, cito anche il caso più recente *FRAGD*. Nel primo, la direzione presa dalle due Corti sulla questione del primato è stata, nel caso di specie, diversa, anche se poi, nel tempo, ma in relazione ad altri casi, le distanze sono diminuite fino quasi ad annullarsi. *Costa c. Enel* si segnala comunque come un esempio in cui è stata la Corte di giustizia, alla lunga, a convincere la Corte costituzionale a cambiare strada.

Nel caso *FRAGD*, invece, l'altolà che la Corte costituzionale ha intimato nella sentenza n. 232/89⁶⁴, sia pure privo di conseguenze sul caso in esame, è servito a modificare l'atteggiamento disinvoltato assunto dalla Corte di giustizia in merito al suo potere di limitare nel tempo la portata delle sentenze pregiudiziali⁶⁵.

Altre volte, il dialogo è avvenuto a maggiore distanza ma con risultati ugualmente significativi in termini di sviluppo del diritto comunitario. La sentenza *Frecassetti* della Corte di giustizia⁶⁶, avendo messo in evidenza la discrepanza tra un regolamento, come interpretato dalla Corte, e la legislazione interna, ha reso necessario l'intervento risolutore della Corte costituzionale nella celebre sentenza n. 170/84⁶⁷; la sentenza sul caso *San Giorgio*⁶⁸ ha tirato

⁶³ Sentenze del 15 luglio 1964 in causa n. 6/64, *cit. supra*, nota 1 e del 7 marzo 1964, n. 14, *cit. supra*, nota 27.

⁶⁴ Sentenza del 21 aprile 1989 n. 232, in *Foro it.*, 1990, I, c. 1855 e in questa *Rivista*, 1992, p. 95. La Corte comunitaria si era pronunciata sullo stesso caso nella sentenza del 22 maggio 1985 in causa n. 33/84, in *Raccolta*, 1985, p. 1605.

⁶⁵ Anche qui mi permetto di rinviare al mio *Diritto dell'Unione europea*, *cit. supra*, nota 26, p. 290 s.

⁶⁶ Sentenza del 15 giugno 1976 in causa n. 113/75, in *Raccolta*, 1976, p. 983 e in questa *Rivista*, 1977, p. 491 con nota di T. BALLARINO, *L'interpretazione delle raccomandazioni comunitarie*, p. 494 ss.

⁶⁷ Sentenza dell'8 giugno 1984, n. 170, *cit. supra*, nota 29.

⁶⁸ Sentenza del 9 novembre 1983 in causa n. 199/82, *cit. supra*, nota 57.

la volata alla sentenza n. 113/85⁶⁹, che ha equiparato i principi contenuti nella sentenze pregiudiziali a norme comunitarie direttamente applicabili, pertanto capaci di provocare la disapplicazione ad opera del giudice comune del diritto interno incompatibile. La sentenza *Commissione c. Italia*⁷⁰, in materia di accesso all'edilizia popolare di cittadini di altri Stati membri, ha costituito la tela di fondo della sentenza n. 389/89⁷¹. Per finire con la sentenza n. 443/97⁷², sulla legislazione che vieta l'utilizzazione di certi ingredienti nella fabbricazione di paste alimentari, dove la Consulta ha portato a più ampi esiti la sentenza della Corte di giustizia sul caso *Zoni*⁷³: questa si occupava di proteggere la posizione dei produttori di pasta degli altri Stati membri; la sentenza n. 443/97 dichiara senz'altro la legislazione italiana incostituzionale, impedendone così l'applicazione anche ai produttori nazionali.

Come si vede, le due Corti quasi si rincorrono nel fine comune di assicurare al meglio, ciascuna secondo le proprie competenze ed il proprio ruolo, la corretta applicazione del diritto comunitario e il pieno affermarsi della sua efficacia.

Luigi Daniele**

⁶⁹ Sentenza del 23 aprile 1985 n. 113, in *Foro it.*, 1985, I, c. 1599 e in questa *Rivista*, 1985, p. 459 con commento di L. DANIELE, *Ancora sui rapporti tra diritto comunitario e diritto interno incompatibile secondo l'ordinamento costituzionale italiano*, p. 463 ss.

⁷⁰ Sentenza del 14 gennaio 1988 in causa n. 63/86, in *Raccolta*, 1988, p. 29.

⁷¹ Sentenza dell'11 luglio 1989 n. 389, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1076 e in questa *Rivista*, 1989, p. 395 con commento di F. CAPELLI, *Nuove prospettive di adattamento della normativa italiana comunitaria (I decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri)*, p. 403 ss.

⁷² Sentenza del 30 dicembre 1997 n. 443, in *Giur. cost.*, 1997, I, p. 3904.

⁷³ Sentenza del 14 luglio 1988 in causa n. C-90/86, in *Raccolta*, 1988, I, p. 4285.

** Ordinario di Diritto dell'Unione europea / Università di Roma "Tor Vergata".

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

OBBLIGO PER LE AMMINISTRAZIONI NAZIONALI DI RIESAME E RETTIFICA DI UNA DECISIONE DEFINITIVA ADOTTATA SULLA BASE DELL'INTERPRETAZIONE DELLA NORMA COMUNITARIA CONTRASTANTE CON LA SUCCESSIVA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Corte di giustizia

Sentenza del 12 febbraio 2008 in causa n. C-2/06*

Willy Kempter KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 10 CE - Principio di cooperazione - Restituzioni all'esportazione - Decisione amministrativa definitiva - Effetti di una sentenza successiva pronunciata in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia - Efficacia normativa - Revisione della decisione.

Nell'ambito di un procedimento dinanzi ad un organo amministrativo diretto al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva in virtù di una sentenza pronunciata da un giudice di ultima istanza, la quale, alla luce di una giurisprudenza successiva della Corte, risulta basata su un'interpretazione erronea del diritto comunitario, tale diritto non richiede che il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno da esso proposto contro tale decisione.

Il diritto comunitario non impone alcun limite temporale per presentare una domanda diretta al riesame di una decisione amministrativa divenuta de-

* Il testo integrale della sentenza, sopra riportata, è reperibile sul sito internet <http://curia.europa.eu> (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 469 ss., il commento di MARCO LOMBARDO.

finitiva. Gli Stati membri rimangono tuttavia liberi di fissare termini di ricorso ragionevoli, conformemente ai principi comunitari di effettività e di equivalenza.

(Omissis) **In diritto**

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

28. Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la sentenza *Kühne & Heitz*, citata, imponga il riesame e la rettifica di una decisione amministrativa divenuta definitiva in virtù di una sentenza di un giudice di ultima istanza, solo se il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno che esso ha proposto nei confronti di tale decisione.

Osservazioni presentate alla Corte

(Omissis)

Soluzione della Corte

34. Per risolvere la prima questione occorre innanzi tutto ricordare che, secondo una giurisprudenza consolidata, spetta a tutte le autorità degli Stati membri garantire il rispetto delle norme di diritto comunitario nell'ambito delle loro competenze (v. sentenze 12 giugno 1990 in causa n. C-8/88, *Germania c. Commissione*, *Raccolta*, I, p. 2321, punto 13, e *Kühne & Heitz*, *cit.*, punto 20).

35. Occorre anche ricordare che l'interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla Corte nell'esercizio della competenza attribuitale dall'art. 234 CE chiarisce e precisa, quando ve ne sia bisogno, il significato e la portata di detta norma, quale deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore (v., in particolare, sentenze 27 marzo 1980 in causa n. 61/79, *Denkavit italiana*, *Raccolta*, p. 1205, punto 16; 10 febbraio 2000 in causa n. C-50/96, *Deutsche Telekom*, *Raccolta*, I, p. 743, punto 43, e *Kühne & Heitz*, *cit.*, punto 21). In altri termini, una sentenza pregiudiziale ha valore non costitutivo bensì puramente dichiarativo, con la conseguenza che i suoi effetti risalgono alla data di entrata in vigore della norma interpretata (v., in tal senso, sentenza 19 ottobre 1995 in causa n. C-137/94, *Richardson*, *Raccolta*, I, p. 3407, punto 33).

36. Ne consegue che, in una causa come quella principale, una norma di diritto comunitario così interpretata dev'essere applicata da un organo amministrativo nell'ambito delle sue competenze anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima del momento in cui è sopravvenuta la sentenza in cui la Corte si pronuncia sulla richiesta di interpretazione (sentenza *Kühne & Heitz*, *cit.*, punto 22, e, in tal senso, sentenze 3 ottobre 2002 in causa n. C-347/00, *Barreira Pérez*, *Raccolta*, I, p. 8191, punto 44; 17 febbraio 2005 in cause riunite n. C-453/02 e C-462/02, *Linneweber e Akritidis*, *Raccolta*, I, p. 1131, punto 41, e 6 marzo 2007 in causa n. C-292/04, *Meilicke e a.*, *Raccolta*, I, p. 1835, punto 34).

37. Tuttavia, come ha ricordato la Corte, questa giurisprudenza deve essere letta

alla luce del principio della certezza del diritto, che figura tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunitario. A tal riguardo occorre constatare che il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o, come nella causa principale, in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza e da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo (sentenza *Kühne & Heitz*, *cit.*, punto 24).

38. La Corte ha tuttavia affermato che, in circostanze particolari, un organo amministrativo nazionale può essere tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE, a riesaminare una decisione amministrativa divenuta definitiva in seguito all'esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni, al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte (v., in tal senso, sentenze *Kühne & Heitz*, *cit.*, punto 27, e 19 settembre 2006 in cause riunite n. C-392/04 e n. C-422/04, *i-21 Germany e Arcor*, *Raccolta*, I, p. 8559, punto 52).

39. Come ricorda il giudice del rinvio, alla luce dei punti 26 e 28 della citata sentenza *Kühne & Heitz*, tra le condizioni che possono fondare un tale obbligo di riesame la Corte ha preso in considerazione, in particolare, il fatto che la sentenza del giudice di ultima istanza, in virtù della quale la decisione amministrativa contestata è divenuta definitiva, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima risultasse fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse stata adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 234, terzo comma, CE.

40. Orbene, la presente questione pregiudiziale è diretta unicamente a chiarire se una tale condizione sia soddisfatta solo se il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del suo ricorso giurisdizionale proposto contro la decisione amministrativa di cui trattasi.

41. A tal riguardo occorre sottolineare che il sistema introdotto dall'art. 234 CE per assicurare l'unità dell'interpretazione del diritto comunitario negli Stati membri istituisce una cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali attraverso un procedimento estraneo ad ogni iniziativa delle parti (v., in tal senso, sentenze 27 marzo 1963 in cause riunite n. 28/62-30/62, *Da Costa e a.*, *Raccolta*, p. 59, in particolare p. 76; 1° marzo 1973 in causa n. 62/72, *Bollmann*, *Raccolta*, p. 269, punto 4, e 10 luglio 1997 in causa n. C-261/95, *Palmisani*, *Raccolta*, I, p. 4025, punto 31).

42. Infatti, come precisa l'Avvocato Generale ai par. 100-104 delle sue conclusioni, il rinvio pregiudiziale si basa su un dialogo tra giudici, la cui proposizione si basa interamente sulla valutazione della pertinenza e della necessità del detto rinvio compiuta dal giudice nazionale (v., in tal senso, sentenza 16 giugno 1981 in causa 126/80, *Salonia*, *Raccolta*, p. 1563, punto 7).

43. Del resto, come rilevato dalla Commissione e dall'Avvocato Generale ai par. 93-95 delle sue conclusioni, la formulazione stessa della sentenza *Kühne & Heitz*, *cit.*, non indica affatto che il ricorrente sia tenuto a sollevare, nell'ambito del suo ricorso giurisdizionale di diritto interno, la questione di diritto comunitario successivamente oggetto della sentenza pregiudiziale della Corte.

44. Non si può dunque dedurre dalla sentenza *Kühne & Heitz*, *cit.*, che, ai fini

della terza condizione in essa delineata, le parti debbano aver sollevato dinanzi al giudice nazionale la questione di diritto comunitario di cui trattasi. Infatti, affinché tale condizione sia soddisfatta, basterebbe o che detta questione di diritto comunitario, la cui interpretazione si è rivelata erronea alla luce di una sentenza successiva della Corte, sia stata esaminata dal giudice nazionale che statuisce in ultima istanza, oppure che essa avesse potuto essere sollevata d'ufficio da quest'ultimo.

45. A tal riguardo occorre ricordare che, sebbene il diritto comunitario non imponga ai giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo vertente sulla violazione di disposizioni comunitarie se l'esame di tale motivo li obbligherebbe ad esorbitare dai limiti della controversia come è stata circoscritta dalle parti, tali giudici sono tenuti a sollevare d'ufficio i motivi di diritto relativi ad una norma comunitaria vincolante quando, in virtù del diritto nazionale, essi hanno l'obbligo o la facoltà di farlo con riferimento ad una norma interna di natura vincolante (v., in tal senso, sentenze 14 dicembre 1995 in cause riunite n. C-430/93 e n. C-431/93, *van Schijndel e van Veen*, *Raccolta*, I, p. 4705, punti 13, 14 e 22, e 24 ottobre 1996 in causa n. C-72/95, *Kraaijeveld e a.*, *Raccolta*, I, p. 5403, punti 57, 58 e 60).

46. Di conseguenza, occorre risolvere la prima questione proposta nel senso che, nell'ambito di un procedimento dinanzi ad un organo amministrativo diretto al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva in virtù di una sentenza pronunciata da un giudice di ultima istanza, la quale, alla luce di una giurisprudenza successiva della Corte, risulta basata su un'interpretazione erronea del diritto comunitario, tale diritto non richiede che il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno da esso proposto contro tale decisione.

Sulla seconda questione

47. Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede, sostanzialmente, se il diritto comunitario imponga un limite temporale per proporre una domanda diretta al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva.

Osservazioni presentate alla Corte

(*Omissis*)

Soluzione della Corte

54. Per quanto riguarda la questione dei limiti temporali per la presentazione di una domanda di riesame, occorre innanzi tutto ricordare che, nella causa che ha dato luogo alla sentenza *Kühne & Heitz*, *cit.*, l'impresa ricorrente aveva chiesto il riesame e la rettifica della decisione amministrativa entro un termine inferiore ai tre mesi dal momento in cui essa era venuta a conoscenza della sentenza *Voogd Vleesimport en-export* (sentenza 5 ottobre 1994 in causa n. C-151/93, *Raccolta*, I, p. 4915), da cui derivava l'illegittimità della decisione amministrativa.

55. È vero che la Corte, nella sua valutazione delle circostanze di fatto della causa che ha dato luogo alla sentenza *Kühne & Heitz*, *cit.*, aveva affermato che la durata del periodo entro cui era stata introdotta la domanda di riesame doveva essere presa in considerazione e giustificava, unitamente alle altre condizioni indicate dal giudice del rinvio, il riesame della decisione amministrativa contestata. Tuttavia, la

Corte non aveva richiesto che una domanda di riesame fosse necessariamente presentata non appena il richiedente fosse venuto a conoscenza della giurisprudenza della Corte su cui la domanda si fondava.

56. Orbene, è giocoforza constatare che, come rileva l'Avvocato Generale ai par. 132 e 134 delle sue conclusioni, il diritto comunitario non impone alcun termine preciso per la presentazione di una domanda di riesame. Di conseguenza, la quarta condizione menzionata dalla Corte nella sua sentenza *Kühne & Heitz, cit.*, non può essere interpretata come un obbligo di presentare la domanda di riesame di cui trattasi entro un certo e preciso lasso di tempo dopo che il richiedente sia venuto a conoscenza della giurisprudenza della Corte su cui la domanda stessa si fondava.

57. Occorre tuttavia precisare che, secondo una costante giurisprudenza, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario, purché tali modalità, da un lato, non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né, dall'altro, rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in particolare, sentenze 13 marzo 2007 in causa n. C-432/05, *Unibet, Raccolta*, I, p. 2271, punto 43, nonché 7 giugno 2007 in cause riunite da n. C-222/05 a n. C-225/05, *van der Weerd e a., Raccolta*, I, p. 4233, punto 28 e la giurisprudenza ivi citata).

58. La Corte ha così riconosciuto compatibile con il diritto comunitario la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza, nell'interesse della certezza del diritto (v., in tal senso, sentenze 16 dicembre 1976 in causa n. 33/76, *Rewe-Zentralfinanzamt e Rewe-Zentral, Raccolta*, p. 1989, punto 5, nonché causa n. 45/76, *Comet, Raccolta*, p. 2043, punti 17 e 18; *Denkavit italiana*, citata, punto 23; 25 luglio 1991 in causa n. C-208/90, *Emmott, Raccolta*, I, p. 4269, punto 16; *Palmisani*, citata, punto 28; 17 luglio 1997 in causa n. C-90/94, *Haahr Petroleum, Raccolta*, I, p. 4085, punto 48, e 24 settembre 2002 in causa n. C-255/00, *Grundig Italiana, Raccolta*, I, p. 8003, punto 34). Infatti, termini del genere non sono tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico comunitario (sentenza *Grundig Italiana*, citata, punto 34).

59. Da questa giurisprudenza costante deriva che gli Stati membri possono richiedere, in nome del principio della certezza del diritto, che una domanda di riesame e di rettifica di una decisione amministrativa divenuta definitiva e contraria al diritto comunitario così come interpretato successivamente dalla Corte venga presentata all'amministrazione competente entro un termine ragionevole.

60. Occorre, di conseguenza, risolvere la seconda questione proposta nel senso che il diritto comunitario non impone alcun limite temporale per presentare una domanda diretta al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva. Gli Stati membri rimangono tuttavia liberi di fissare termini di ricorso ragionevoli, conformemente ai principi comunitari di effettività e di equivalenza.

(*Omissis*)

IL PRINCIPIO DI LEALE COOPERAZIONE E L'ARMONIZZAZIONE INDIRETTA DELLE REGOLE PROCEDURALI NAZIONALI ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Sommario: **1.** *Il principio di leale cooperazione tra i giudici nel diritto comunitario* - **2.** *L'obbligo di riesame di una decisione amministrativa definitiva: dalla giurisprudenza Kühne & Heitz al caso Kempter* - **3.** *Il potere dei giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione del diritto comunitario a seguito di nuovi orientamenti della giurisprudenza comunitaria* - **4.** *La nozione di «immediatezza» dell'istanza di riesame e la decadenza per l'inosservanza del relativo termine* - **5.** *L'autotutela decisoria della pubblica amministrazione e l'obbligo di revisione di un provvedimento amministrativo definitivo per violazione del diritto comunitario* - **6.** *La giurisprudenza in materia di responsabilità extracontrattuale per violazione dell'art. 234, n. 3, CE da parte dei giudici di ultima istanza* - **7.** *Il diritto comunitario tra "relatività" della certezza del diritto e cedevolezza della res judicata* - **8.** *L'impatto dei principi di equivalenza ed effettività sul principio di autonomia procedurale e l'armonizzazione indiretta delle regole procedurali nazionali* - **9.** *Lo ius supervenies riferito al diritto comunitario nel caso di nuovi orientamenti della Corte di giustizia: verso lo stare decisis?*

1. Il principio di leale cooperazione tra i giudici nel diritto comunitario

Il diritto comunitario impone che gli Stati membri, ed i loro organi, siano responsabili dell'esecuzione e dell'applicazione, ovvero dell'amministrazione indiretta, delle norme comunitarie. La concreta applicazione del diritto comunitario si fonda, tra gli altri, su due principi generali: l'obbligo di leale cooperazione e l'autonomia istituzionale e procedurale.

Il principio di leale cooperazione è stato ricostruito dalla Corte di giustizia in via esegetica dall'art. 10 CE ed ora trova un esplicito riferimento nell'art. 4 del Trattato di Lisbona sull'Unione europea¹; tale principio ha un con-

¹ Nelle more delle procedure di ratifica, pur permanendo perplessità sull'entrata in vigore del Trattato di Lisbona a seguito del voto negativo del *referendum* irlandese, il richiamo alle norme in

tenuto positivo che consiste nel prendere misure concrete di adozione o che mirino a facilitare l'Unione nell'adempimento dei suoi compiti, ed un contenuto negativo che comporta il dovere di astenersi dal porre in essere qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione.

L'articolo in esame si applica a tutte le autorità nazionali e, in particolare, vincola le istanze amministrative e giurisdizionali che sono chiamate ad assicurare ai cittadini l'effettività della tutela giurisdizionale, "vivificando" i diritti che discendono dall'ordinamento comunitario².

L'autonomia istituzionale e procedurale lascia che siano gli Stati membri ed i loro organi interni a garantire la corretta applicazione del diritto comunitario nei loro ordinamenti giuridici, predisponendo gli istituti processuali necessari affinché i cittadini possano esercitare i diritti di derivazione comunitaria³.

La giurisprudenza comunitaria è intervenuta con molte pronunce a precisare il contenuto e l'applicazione del principio di leale cooperazione, stratificando un orientamento giurisprudenziale ormai corposo e pur tuttavia ancora fecondo d'innovazioni e, talora, di criticità che qui si cercherà di ripercorrere.

Da un lato, infatti, il diritto comunitario consente, a determinate condizioni, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte di giustizia; dall'altro, i giudici del Kirchberg hanno vagliato, in ipotesi eccezionali, la possibilità che i giudici nazionali procedano alla revisione di una sentenza passata in giudicato per contrasto con il diritto comunitario.

La delicatezza della materia trattata è evidente in quanto finisce per intaccare taluni canoni fondamentali degli ordinamenti giuridici nazionali quali il principio della certezza del diritto, l'intangibilità del giudicato ed il princi-

esso contenute, rimane utile come prospettiva di fondo sull'evoluzione degli istituti comunitari attualmente vigenti. Il nuovo Trattato conferma la giurisprudenza comunitaria sull'art. 10 CE esplicitando il principio di leale cooperazione. Ai sensi dell'art. 4, n. 3, del Trattato sull'Unione europea, come modificato dal Trattato di Lisbona, «In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione» (corsivo aggiunto). In *Gu-UE* n. C 115 del 9 maggio 2008, p. 1 ss.

² Per un rinvio alla manualistica sul principio di leale cooperazione v. J. P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 4^{ed.}, Paris, Dalloz, 2006, p. 599-618; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2008; P. MENGOLZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2006; F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2002.

³ Con particolare riguardo al principio dell'autonomia procedurale nel diritto comunitario si rinvia a C.N. KAKOURIS, *Do the Member States possess judicial procedural «autonomy»?*, *CMLR*, 1997, p. 1389; G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS, (en colaboración con J.-P. KEPPELNE), *L'incidence du droit communautaire sur le droit national*, in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 517; P. J. WATTEL, *Köbler, Cilfit and Welthgrove: we can't go on meeting like this*, *CMLR*, 2004, p. 177-190.

pio di legalità.

L'analisi di questi due diversi filoni giurisprudenziali, collegati dall'intento di sanzionare l'inadempimento da parte dei giudici di ultima istanza dell'obbligo di adire la Corte di giustizia alle condizioni previste dall'art. 234, n. 3, CE, ha lo scopo di confutare i rischi di conflitto, in atto ed in potenza, del diritto comunitario con il principio della certezza del diritto ed analizzare l'impatto che i principi generali di diritto comunitario di effettività ed equivalenza della tutela giurisdizionale hanno a livello nazionale sul principio di autonomia procedurale e sugli istituti di diritto processuale nazionale.

2. L'obbligo di riesame di una decisione amministrativa definitiva: dalla giurisprudenza *Kühne & Heitz* al caso *Kempter*

La sentenza *Kühne & Heitz* aveva consentito alla Corte di giustizia di interpretare l'art. 10 CE per precisare la portata degli effetti delle sentenze interpretative della stessa Corte sui provvedimenti amministrativi divenuti definitivi, ma basati su un'interpretazione errata delle norme comunitarie a seguito di un mutamento di esegesi da parte dei giudici comunitari⁴.

La portata (apparentemente) dirompente della pronuncia ha acceso un vivace dibattito in dottrina circa l'eventuale travalicamento, da parte dello *ius superveniens* di natura comunitaria, delle "colonne d'Ercole" costituite dal giudicato a presidio della certezza del diritto degli ordinamenti nazionali⁵. La dottrina comunitaria ha avuto modo di inquadrare la pronuncia *Kühne & Heitz* all'interno di una giurisprudenza consolidata, evidenziandone l'*iter* argomentativo come un naturale approdo di precedenti statuizioni⁶.

⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 13 gennaio 2004 in causa n. C-453/00, *Kühne & Heitz*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 837 e in questa *Rivista*, 2004, p. 485 ss.; il quesito pregiudiziale traeva origine da una domanda del giudice olandese in materia di classificazione tariffaria di pollame per la contestazione di un provvedimento impositivo sulle restituzioni all'esportazione.

⁵ Per un commento alla sentenza si rinvia alla copiosa letteratura tra cui G. GATTINARA, *Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kühne & Heitz*, in questa *Rivista*, 2004, p. 489 ss.; R. CARANTA, *Effettiva applicazione del diritto comunitario e certezza del diritto*, in *Urbanistica e Appalti*, 2004, p. 1151 ss.; E. RINALDI, *Il miracolo dei polli olandesi: la primauté del diritto comunitario va «oltre» il giudicato nazionale «anticomunitario»*. E all'Amministrazione spetta il compito di rimediare ..., in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, p. 651-666.

⁶ Un effetto ben più dirompente sarebbe stato ottenuto se la Corte di giustizia avesse accolto le conclusioni dell'Avvocato Generale Léger che richiamandosi ad una giurisprudenza precedente (*ex multis*, *Simmenthal*, *Factortame* e *Larsy*) aveva sostenuto che il diritto comunitario in forza dell'"effetto utile" ostasse a che il principio della *res judicata* potesse venire invocato per annullare la tutela di un diritto di creazione comunitaria, negando in tal modo l'esistenza stessa di quel diritto. La Corte di giustizia ha preferito evitare uno scontro frontale con il principio della *res judicata*, partendo dai diversi presupposti dell'equivalenza e dell'effettività della tutela giurisdizionale per temperare il principio di autonomia procedurale. La determinazione delle condizioni cumulative che devono sussistere perché un organo amministrativo abbia l'obbligo di riesaminare un provvedimento amministrativo definitivo consentono alla Corte di utilizzare un approccio *case-by-case* idoneo a mitigare l'applicazione delle regole processuali nazionali alla luce delle specificità dei

In base alla pronuncia *Kühne & Heitz* i giudici comunitari hanno stabilito che il diritto comunitario non impone che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che abbia acquisito carattere definitivo. Tuttavia, l'art. 10 CE impone che gli organi amministrativi nazionali abbiano l'obbligo di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto di una giurisprudenza successiva che muti l'interpretazione della norma comunitaria sulla quale la decisione definitiva si fonda, se sono cumulativamente soddisfatte quattro condizioni:

1. l'autorità amministrativa deve disporre del potere di ritornare su tale decisione secondo il diritto nazionale;

2. la decisione amministrativa in questione deve essere divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza;

3. tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte di giustizia successiva alla medesima, deve risultare fondata su un'errata interpretazione del diritto comunitario adottata senza che la Corte di giustizia fosse stata adita in via pregiudiziale alle condizioni previste dall'art. 234, n. 3, CE;

4. l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della summenzionata giurisprudenza.

La giurisprudenza successiva ha confermato che la statuizione contenuta in *Kühne & Heitz* non rappresenta un caso *sui generis*, giustificato in base alla specialità del contesto fattuale dal quale originava la pronuncia, quanto piuttosto come un *leading case* in materia di effetti dello *ius superveniens* di diritto comunitario sulle decisioni amministrative divenute definitive.

Infatti, i giudici comunitari nei casi successivi (*Kapferer*, *I-21 Germania e Arcor*, *Kempter*) hanno continuamente ripreso il dispositivo della causa *Kühne & Heitz* servendosi come parametro di riferimento per vedere se le circostanze di fatto e di diritto presenti nei singoli casi, soddisfacessero le quattro condizioni allo scopo di decidere in merito alla riapertura o meno dei procedimenti amministrativi ed, eventualmente, alla revisione di atti amministrativi divenuti definitivi ma illegittimi per violazione del diritto comunitario.

La successiva giurisprudenza comunitaria ha dunque elevato le «circostanze» del *dictum* di *Kühne & Heitz* al rango di «condizioni», rafforzando tale sentenza come un punto di riferimento giurisprudenziale, scevro dalla caratterizzazione fattuale e giuridica nel contesto del diritto nazionale (olandese) propria del caso dal quale la pronuncia aveva tratto origine.

Nella sentenza 16 marzo 2006, *Kapferer*⁷, la Corte non ha dimostrato un

singoli casi concreti. Per un'analisi della divergenza di posizioni tra l'Avvocato Generale e la Corte nel caso *Kühne & Heitz* si rinvia a R. CARANTA, *Case Law: Kühne & Heitz*, CMLR, 2005, p. 179-188.

⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 2006 in causa n. C-234/04, *Kapferer*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2585 e massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 82.

self-restraint giurisprudenziale⁸, sottolineando piuttosto le differenze tra le diverse ipotesi relative alla revisione di una decisione amministrativa definitiva ed alla revocazione di una decisione giurisdizionale passata in giudicato, nonché la diversa situazione in cui le parti avevano responsabilmente fatto valere i diritti conferiti dal diritto comunitario; in tale occasione, i giudici hanno affermato che il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale l'obbligo di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di accertare una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione se, in virtù del diritto nazionale, l'autorità competente non ha il potere di ritornare su una decisione precedentemente adottata. Quanto alla posizione della ricorrente, mentre nella causa *Kühne & Heitz*, questa aveva esaurito le possibilità di appello e l'organo giurisdizionale di ultimo grado aveva omesso di sollevare una questione pregiudiziale, così fornendo un'interpretazione errata del diritto comunitario, nella causa *Kapferer* la ricorrente aveva omesso di sollevare, in sede di appello, l'eccezione di incompetenza del giudice adito, così come aveva fatto in primo grado, in forza del regolamento (Ce) n. 44/2001⁹, producendosi sul punto il giudicato.

Nella sentenza *I-21 Germany e Arcor*¹⁰, la Corte di giustizia ha fatto ancora riferimento alla giurisprudenza *Kühne & Heitz*, sottolineando come le quattro «condizioni» non possano essere soddisfatte nel caso in cui il ricorrente non abbia richiesto il ritiro di una decisione amministrativa definitiva avvalendosi del proprio diritto (nazionale) di ricorrere contro la tale decisione¹¹.

Il caso *I-21 Germany e Arcor* permette di valorizzare la terza condizione, relativamente alla violazione dell'art. 234, n. 3, da parte dei giudici di ultima istanza. Mentre, come già osservato, nel caso *Kühne & Heitz* la ricorrente aveva esaurito tutti i mezzi di tutela giurisdizionale a sua disposizione, nel caso *I-21 Germany e Arcor* entrambe le società non si erano avvalse del diritto di introdurre un ricorso contro gli avvisi d'imposta loro indirizzati. Anche in quest'ultimo caso, dunque, non era possibile sanzionare l'inadempimento degli organi statali, offrendo la possibilità alle ricorrenti di chiedere la riapertura del procedimento, nel caso in cui sussistessero le altre condizioni. Si trattava solo di verificare se, alla luce del principio di equivalenza, le norme nazionali

⁸ In senso contrario v. M. P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, p. 489.

⁹ Sulla valutazione dei profili attinenti alla competenza giurisdizionale per un soggetto danneggiato da una violazione del diritto comunitario si rinvia a R. JACCHIA - M. FRIGO, *Responsabilità extracontrattuale degli Stati membri, effettività e rimedi giurisdizionali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 3/2008, p. 661-665.

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2006 in cause riunite n. C-392/04 e n. C-422/04, *I-21 Germany e Arcor*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 8559.

¹¹ Il caso di specie verteva su un avviso di liquidazione di imposta relativo alle licenze nel settore delle telecomunicazioni.

della legge sul procedimento amministrativo tedesco, nella parte in cui prescrivono l'obbligo di ritirare un atto amministrativo definitivo viziato da manifesta violazione di norme gerarchicamente sovraordinate, dovesse essere esteso anche alle ipotesi di manifesta incompatibilità con il diritto comunitario.

Il recente caso *Kempter* si inserisce nel quadro di questo filone giurisprudenziale volto a chiarire e precisare la portata di alcune delle condizioni stabilite dalla giurisprudenza *Kühne & Heitz*. Con la sentenza del 12 febbraio 2008 emessa dalla Grande Sezione della Corte di giustizia, nella causa *Kempter*¹² i giudici comunitari hanno interpretato l'art. 10 CE, relativo al principio della leale cooperazione, ponendosi in una linea di continuità (evolutiva) rispetto alla giurisprudenza comunitaria precisata nella causa *Kühne & Heitz*.

Il procedimento pregiudiziale relativo alla causa *Kempter* è stato richiesto dal *Finanzgericht* di Amburgo e verteva sull'interpretazione dell'art. 10 CE per sapere se esso ostasse o meno all'applicazione degli artt. 48 e 51 della legge tedesca sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) in materia di condizioni e limiti temporali gravanti su un ricorrente che chiedeva la riapertura di un procedimento amministrativo conclusosi con un atto definitivo. I giudici tedeschi avevano respinto in ultima istanza l'appello proposto dalla *Kempter* contro la sentenza dello *Hauptzollamt*, rendendo definitiva la decisione di rimborso del 10 agosto 1995. Successivamente, nella causa *Emsland-Stärke*¹³, la Corte di giustizia aveva fornito un'interpretazione della normativa comunitaria – in materia di restituzione all'esportazione – favorevole alle posizioni sostenute dalla *Kempter* nel suo ricorso per cui la decisione di recupero doveva essere ritenuta illegittima ai sensi del diritto comunitario. La ricorrente faceva valere di essere venuta a conoscenza di tale giurisprudenza comunitaria solo in data 16 settembre 2002 (21 mesi dopo la sentenza *Emsland-Stärke*), allorquando il *Bundesfinanzhof* si era trovato ad applicare, in un caso analogo, il nuovo orientamento giurisprudenziale della Corte di giustizia. Avvalendosi di tale sentenza nazionale, la *Kempter* aveva chiesto il riesame dell'avversa decisione amministrativa definitiva per illegittimità della decisione di recupero dello *Hauptzollamt*.

La sentenza *Kempter*, pur ponendosi in linea di continuità con la giurisprudenza *Kühne & Heitz*, risulta innovativa sotto un duplice aspetto. Il ricorso del giudice *a quo* pone infatti diversi quesiti utili per precisare alcune delle condizioni stabilite nella giurisprudenza summenzionata; da un lato, nell'ordi-

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 12 febbraio 2008 in causa n. C-2/06, *Willy Kempter KG*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

Per un primo commento alla sentenza v. A. M. ROMITO, *Il giudicato amministrativo contrario al diritto comunitario, la certezza del diritto e il principio di leale cooperazione*, in *Sud in Europa*, 5/2008.

¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2000 in causa n. C-100/99, *Emsland-Stärke*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 11569.

nanza di rinvio si chiedeva se l'obbligo di riapertura del procedimento amministrativo, relativo ad un atto amministrativo divenuto definitivo, sussistesse anche qualora il ricorrente avesse omesso di sollevare la violazione del diritto comunitario tra i motivi del ricorso¹⁴. Dall'altro, il giudice chiedeva se, in riferimento a tale specifico vizio, sussistesse un limite temporale di decadenza o di prescrizione entro il quale il diritto comunitario imponesse un obbligo di riesame.

3. Il potere dei giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione del diritto comunitario a seguito di nuovi orientamenti della giurisprudenza comunitaria

I giudici comunitari risolvono la prima questione affermando che il diritto comunitario non richiede che il ricorrente della causa principale debba invocare la violazione del diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno.

Il giudice *a quo* può sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie, ovvero sull'errata interpretazione della pertinente norma comunitaria quale risulti da una successiva giurisprudenza della Corte di giustizia. Tale facoltà di sollevare un rinvio pregiudiziale diventa un obbligo nei casi in cui si tratti di un giudice di ultima istanza, salvo che il quesito pregiudiziale non sia stato già deciso da una giurisprudenza costante, ovvero non sussistano dubbi interpretativi sulla norma oggetto del rinvio¹⁵. La terza condizione della giurisprudenza *Kühne & Heitz* deve essere dunque interpretata nel senso che il diritto comunitario non impone in capo alle parti l'obbligo di sollevare la violazione o l'errata interpretazione del diritto comunitario tra i motivi di ricorso, avendo i giudici nazionali la facoltà e, se di ultima istanza, l'obbligo di sollevare tali questioni.

¹⁴ Più in particolare, nel caso di specie la ricorrente non aveva invocato l'interpretazione erronea dell'art. 5 del Regolamento (Ce) n. 3665/87.

¹⁵ Tali eccezioni trovano fondamento in base al brocardo «*in claris non fit interpretatio*» ed alla dottrina amministrativista francese sulla teoria dell'atto chiaro. Per i riferimenti giurisprudenziali si rimanda alla sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 1982 in causa n. C-283/81, *Cilfit e altri*, in *Raccolta*, 1982, I, p. 3415 e in questa *Rivista*, 1983, p. 135 ss. Più recentemente, sentenza del 15 settembre 2005 in causa n. C-495/03, *Intermodal Transports*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 8151, punto 29 e giurisprudenza ivi citata. Il procedimento pregiudiziale, istituendo un dialogo diretto tra i giudici nazionali ed i giudici comunitari, si basa interamente sulla valutazione di pertinenza e necessità del rinvio pregiudiziale compiuta dal giudice nazionale, per cui quest'ultimo non è in alcun modo condizionato dalla natura dei motivi invocati dalle parti nella causa principale. Conformemente alla natura del procedimento giurisprudenziale, le parti sono solamente invitate, all'interno del procedimento, a presentare osservazioni nell'ambito giuridico già delineato dal giudice *a quo* nell'ordinanza di rinvio. Per un approfondimento si rinvia a P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2005 e A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, Cedam, 1996.

I principi di effettività ed equivalenza della tutela giurisdizionale sono i fondamenti giuridici che sorreggono l'argomentazione della Corte nella risoluzione della prima questione in quanto, se fosse necessario per le parti invocare davanti al giudice nazionale un'erronea interpretazione del diritto comunitario, ciò potrebbe rendere estremamente difficile, se non praticamente impossibile, l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto comunitario¹⁶. Alle parti spetta dunque di indicare il contesto fattuale che determina l'esistenza del bene della vita richiesto, mentre in forza del principio *iura novit curia*, spetta ai giudici la qualificazione giuridica dei fatti dedotti nella controversia; la disapplicazione delle norme processuali nazionali che impediscano al giudice la rilevazione d'ufficio delle violazioni del diritto comunitario, nonché il potere dei giudici di sollevare *ex officio* eccezioni fondate sul diritto comunitario, anche quando le parti non abbiano eccepito la loro violazione tra i motivi del ricorso, sono conseguenze dirette del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

La tutela giurisdizionale effettiva impone, infatti, che non si debba far gravare sui cittadini la circostanza che ad un organo nazionale sia sfuggita l'importanza di una questione di diritto comunitario. Tale argomentazione dei giudici di Lussemburgo, da un lato, ribadisce come il giudice nazionale debba essere considerato il giudice naturale del diritto comunitario; dall'altro, riconnette il principio della tutela giurisdizionale dei diritti di matrice comunitaria ai diritti della cittadinanza ed al principio di non discriminazione, evitando che i cittadini comunitari possano avere trattamenti diversi a seconda del diverso grado di efficienza dei sistemi giudiziari nazionali e di sensibilità dei relativi apparati giurisdizionali¹⁷.

Il potere del giudice nazionale di procedere d'ufficio alla rilevazione della violazione del diritto comunitario tra i motivi del ricorso, sebbene sia coe-

¹⁶ D'altro canto, il contesto fattuale del caso *Kempter* dovrebbe escludere che si possa censurare il comportamento del ricorrente, ovvero l'eventuale negligenza del suo difensore, nel non aver invocato una norma di diritto comunitario tra i motivi del ricorso, se si considera che tale norma, per come veniva interpretata costantemente dalla giurisprudenza nazionale tedesca e dalla giurisprudenza comunitaria fino alla sentenza *Emsland-Stärke*, non costituiva un argomento favorevole alle argomentazioni difensive, né avrebbe consentito alla società *Kempter* di vincere la causa.

¹⁷ Sulla relazione tra la rilevabilità d'ufficio delle violazioni di diritto comunitario e la sanzionabilità dell'inadempimento relativo all'obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza si rimanda alle conclusioni dell'Avvocato Generale Bot nella causa *Kempter*. L'interpretazione della terza condizione formulata dalla Corte nella sentenza *Kühne & Heitz*, nel senso che il ricorrente nella causa principale abbia l'obbligo di invocare il diritto comunitario, determinerebbe indirettamente l'esistenza di una nuova ipotesi di esonero dall'obbligo di rinvio pregiudiziale imposto al giudice di ultima istanza ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE, come finora interpretato dalla Corte. Tale condizione è strettamente connessa all'obbligo di rinvio pregiudiziale che grava, ai sensi dell'art. 234, terzo comma CE, sui giudici nazionali le cui decisioni non possono essere oggetto di un ricorso giurisdizionale di diritto interno. L'inosservanza di tale obbligo, arreca o consolida errori nell'interpretazione o nell'applicazione del diritto comunitario, che possono essere sanzionati attraverso il risarcimento, ovvero rimossi attraverso la riapertura del procedimento se sono soddisfatte anche le altre condizioni previste dalla giurisprudenza *Kühne & Heitz*.

rente con il principio di leale cooperazione tra i giudici nazionali ed i giudici comunitari, rischia di essere conflittuale con il principio dispositivo previsto dagli ordinamenti processuali nazionali¹⁸.

Per non intaccare un principio generalmente riconosciuto negli ordinamenti processuali degli Stati membri, come il principio dispositivo, il diritto comunitario riconosce il limite ultimo ed invalicabile dei poteri di rilevanza d'ufficio delle violazioni del diritto comunitario da parte del giudice *a quo* nella barriera dell'oggetto della lite, evitando che i giudici nazionali godano di poteri esorbitanti, quali ad esempio si avrebbero nel caso in cui l'esercizio di tali poteri determinasse una mutazione dell'oggetto del processo circoscritto dalle parti¹⁹.

Il diritto comunitario non impone la modificazione dell'oggetto della lite a seguito della rilevazione officiosa dei motivi di ricorso per violazione del diritto comunitario; tuttavia, ai sensi del principio di equivalenza, nel caso in cui tale potere sia possibile secondo il diritto nazionale, per taluni casi di violazione del diritto interno, lo stesso potere deve essere consentito al giudice laddove la violazione riguardi norme di diritto comunitario.

4. La nozione di «immediatezza» nell'istanza di riesame e la decadenza per l'inosservanza del relativo termine

Tornando all'esame della seconda questione del rinvio pregiudiziale nel caso *Kempter*, relativa all'esistenza di un limite temporale entro il quale il ricorrente deve proporre istanza di riesame di un procedimento amministrativo conclusosi con un atto definitivo, la Corte di giustizia stabilisce, in virtù del principio di autonomia procedurale²⁰, che non esiste una disciplina comunita-

¹⁸ Il diritto comunitario riconosce e tutela il principio dispositivo quale affermato dagli ordinamenti processuali degli Stati membri; in tal senso si veda sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 1995 in causa n. C-312/93, *Peterbroeck*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4599; del 14 dicembre 1995 in cause riunite n. C-430/93 e n. C-431/93, *Van Schijndel*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4705 e del 27 febbraio 2003 in causa n. C-327/00, *Santex*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 1877.

¹⁹ Il rischio di intaccare il principio dispositivo è attenuato dalla considerazione che, in base ad un orientamento costante della giurisprudenza comunitaria, gli effetti delle sentenze pregiudiziali di interpretazione si limitano ai punti di fatto e di diritto decisi, per cui il giudicato comunitario copre il dedotto, ma non il deducibile. Sul giudicato comunitario, *ex multis*, si rinvia a P. BIAVATI, *Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato*, in *Int'l Lis*, 2005, p. 62-66 e la relativa giurisprudenza citata *sub* nota 15. Sull'efficacia endo-processuale ed extra-processuale delle sentenze pregiudiziali di interpretazione v. E. D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'ambito soggettivo di efficacia delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1435-1456; in riferimento all'ambito oggettivo di efficacia delle sentenze pregiudiziali di interpretazione v. anche L. QUERZOLA, *Spunti sui limiti oggettivi del giudicato comunitario*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1998, p. 332 ss.

²⁰ Conformemente alla giurisprudenza costante, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario. Cfr. sentenze del 16 dicembre 1976 in causa n. 33/76, *Rewe-Zentralfinanz e Rewe-Zentral*, in *Raccolta*, 1976, I, p. 1989, punto 5 e, in pari data, in causa n. 45/76, *Comet*, in *Raccolta*, 1976, I, p. 2043, punto 13 e in questa *Rivista*, 1977, p. 123; 14

ria che fissi un termine di decadenza uniforme.

Il quesito trae origine dalla necessità di chiarire la portata della quarta condizione della giurisprudenza *Kühne & Heitz* richiesta perché sussista l'obbligo in capo alle amministrazioni nazionali di riesaminare un provvedimento definitivo, ma illegittimo, in quanto basato su un'errata interpretazione del diritto comunitario a seguito di un mutamento di esegesi dei giudici comunitari; la quarta condizione prescrive che l'interessato si sia rivolto ad un organo amministrativo "immediatamente" dopo essere stato informato del cambio di orientamento della giurisprudenza della Corte di giustizia²¹. I giudici di Lussemburgo si sono pronunciati precisando cosa debba intendersi per limite temporale di una domanda di riesame.

Più in particolare, la Corte ha specificato che tale condizione non si possa interpretare nel senso di imporre un obbligo a carico del richiedente di presentare, entro un uniforme termine di decadenza fissato dal diritto comunitario, una domanda di riesame non appena il ricorrente viene a conoscenza della giurisprudenza della Corte da cui deriva l'illegittimità della decisione amministrativa ormai divenuta definitiva.

Spetterà al giudice nazionale stabilire se il comma 3 dell'art. 51 della legge tedesca sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), prescrivendo il termine di tre mesi a decorrere dal giorno in cui l'interessato sia venuto a conoscenza della circostanza che consente il riesame o la rettifica di

dicembre 1995 in causa n. C-12/93, *Peterbroeck*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4599, punto 12; 7 giugno 2007 in cause riunite da n. C-222/05 a n. C-225/05, *van der Weerd e a.*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 4233, punto 28.

²¹ L'interpretazione dell'avverbio "immediatamente" aveva dato luogo a diverse considerazioni; secondo parte della giurisprudenza (alla quale sembra appartenere il *Finanzgericht* di Amburgo, giudice del rinvio) il termine immediatamente dovrebbe essere inteso come «senza colpevole ritardo», facendo leva sulla scusabilità, ovvero sull'inescusabilità, del ritardo con il quale la ricorrente ha proposto istanza di riesame. Diversamente, si argomenta che l'immediatezza debba avere come parametro di riferimento il giorno della pronuncia relativa al mutamento di esegesi. In realtà, sul punto la pronuncia della Corte non appare chiarificatrice laddove si omette di interpretare se il *dies a quo* dal quale prende avvio l'immediatezza debba essere considerato la data della pronuncia della sentenza pregiudiziale, ovvero il momento della conoscenza effettiva del mutamento della giurisprudenza comunitaria. In riferimento al caso di specie in commento, la *Kempter* aveva chiesto allo *Hauptzollamt* il ritiro della decisione di recupero del 10 agosto 1995, con lettera datata 16 settembre 2002, ossia 21 mesi dopo la citata sentenza *Emsland-Stärke*. Tuttavia, la ricorrente si era difesa osservando come occorresse del tempo prima che tale sentenza facesse nascere in Germania una nuova prassi amministrativa e un cambiamento giurisprudenziale; tale circostanza sarebbe confermata dal fatto che i giudici tedeschi hanno applicato la giurisprudenza *Emsland-Stärke* solo in data 21 marzo 2002 con la sentenza del *Bundesfinanzhof* (6 mesi prima dell'istanza di riesame). La Commissione, nelle osservazioni presentate, afferma come il momento dell'effettiva conoscenza da parte della ricorrente del mutamento della giurisprudenza comunitaria dovrebbe essere individuato nel 1° luglio 2002, data nella quale la sentenza 21 marzo 2002 del *Bundesfinanzhof* è stata trasmessa via fax al legale della ricorrente (ovvero 2 mesi prima dell'istanza di riesame).

Evitando di pronunciarsi sul punto, la Corte di giustizia ha evitato lo scontro frontale tra l'effettività della tutela giurisdizionale e la certezza del diritto; se, infatti, l'effettività presupporrebbe la valorizzazione della dimensione soggettiva relativa al requisito della effettiva conoscenza, la certezza del diritto sarebbe meglio garantita se il termine di riferimento fosse individuato in un dato oggettivo, più facilmente confutabile anche sul piano probatorio, come la data della pronuncia della Corte di giustizia.

una decisione amministrativa definitiva, ma contraria al diritto comunitario, sia o meno conforme ai principi comunitari di effettività e di equivalenza.

Il rispetto del principio di autonomia procedurale impone che siano gli Stati membri a definire gli strumenti processuali per tutelare i diritti dei singoli, sia quando tali diritti derivino dalle norme nazionali, siano quando derivino da norme di diritto comunitario dotate di effetti diretti.

In base al principio di attribuzione delle competenze si argomenta *a contrario* che gli Stati membri, non avendo devoluto alle istituzioni comunitarie la competenza a legiferare in materia di diritto processuale comune, hanno riservato a sé il potere di stabilire e disciplinare autonomamente gli istituti processuali nazionali. Il principio di autonomia procedurale degli Stati membri osta dunque alla fissazione di un termine uniforme a livello comunitario, spettando agli ordinamenti giuridici dei singoli Stati membri designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali, tra cui la fissazione di un termine preciso per la presentazione di una domanda di riesame.

Il principio di autonomia procedurale tuttavia non può sacrificare sull'altare del rispetto del principio di attribuzione delle competenze l'esigenza di tutelare l'uniformità e l'effettività nell'applicazione del diritto comunitario, seriamente minacciata se ciascuno Stato potesse stabilire arbitrariamente, sulla base della sola conformità con il proprio diritto nazionale, i termini per rimuovere le conseguenze di un provvedimento amministrativo illegittimo perché in contrasto con il diritto comunitario (*sub-specie*, errata interpretazione delle norme comunitarie)²².

D'altro canto, se non venisse previsto dal diritto nazionale un termine per la presentazione della domanda di riesame, si creerebbe una situazione di instabilità di rapporti giuridici che finirebbe per minare un principio generale del diritto comunitario quale la certezza del diritto²³.

Al fine di prevenire ingiustificate discriminazioni a danno dei cittadini e garantire la certezza del diritto, il diritto comunitario impone un sindacato di ragionevolezza sul limite temporale stabilito da ciascuno Stato membro per presentare una domanda di riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva²⁴.

²² In termini dubitativi rispetto alla soluzione adottata dalla Corte di rimettere ai giudici nazionali il potere di valutare la compatibilità dei termini di decadenza per la revisione di un provvedimento amministrativo definitivo, sembra esprimersi M. A. ROMITO, *Il giudicato amministrativo contrario al diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 12, per la quale il rimando alle norme di diritto interno può «creare situazioni di disegualianza a danno dei singoli e di conseguenza arrecare pregiudizio all'uniforme applicazione del diritto comunitario».

²³ Il principio della certezza del diritto mira a garantire non solo la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, ma anche la qualità e l'integrità dell'ordinamento giuridico complessivamente considerato. In dottrina si rinvia a E. CASTORINA, *Certezza del diritto e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio comune*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, p. 1177 ss.

²⁴ In termini di ragionevolezza del termine per l'annullamento in autotutela si esprime anche la legislazione italiana all'art. 21-*nonies* della legge n. 241/90; la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di esprimersi varie volte sulla nozione di termine ragionevole affermando, da ultimo,

Anche in riferimento al secondo quesito dell'ordinanza di rinvio, la ragionevolezza del termine di decadenza per la presentazione di una domanda di riesame deve essere valutata, ai sensi del diritto comunitario, in termini di conformità ai principi di equivalenza ed effettività²⁵.

Il principio di equivalenza rafforza la tutela giurisdizionale perché evita che vi siano termini di decadenza diversi in funzione dell'origine dei beni della vita di cui il ricorrente chiede la tutela; il termine di decadenza stabilito per l'esercizio di diritti che derivano dall'ordinamento comunitario non deve essere dunque meno favorevole dell'analogo termine previsto per l'azionabilità dei diritti che derivano dall'ordinamento nazionale.

Il principio di effettività è dunque il parametro di conformità a ragionevolezza di un termine di decadenza fissato a livello nazionale che offre una tutela giurisdizionale ai cittadini per i diritti che derivano dall'ordinamento comunitario, evitando l'esistenza di termini di decadenza che rendano in linea di fatto o di diritto impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti stabiliti dalla Comunità.

5. L'autotutela decisoria della pubblica amministrazione e l'obbligo di revisione di un provvedimento amministrativo definitivo per violazione del diritto comunitario

La sentenza *Kempter* in commento si segnala, dunque, per la portata innovatrice rispetto alla precedente giurisprudenza *Kühne & Heitz* in materia di interpretazione del principio di cooperazione, precisando le condizioni sull'immediatezza della presentazione dell'istanza di riesame e sulla rilevanza d'ufficio dei motivi per i quali si può richiedere che l'art. 10 CE imponga ad un organo amministrativo l'obbligo di riaprire il procedimento amministrativo e, all'occorrenza, riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione pertinente nel frattempo accolta dalla giurisprudenza comunitaria.

«che la ragionevolezza del termine di cui al citato art. 21-*nonies* della legge n. 241/90 entro cui può essere annullato d'ufficio un provvedimento amministrativo va invero valutata in concreto tenendo in debito conto il grado di complessità degli interessi coinvolti nella vicenda» (così, TAR Lombardia, sez. II, 30 gennaio 2007, n. 115).

²⁵ Il ragionamento della Corte secondo cui la valutazione del limite temporale per proporre una domanda di riesame deve essere condotta alla luce del principio della ragionevolezza mira a garantire un approccio caso per caso, che tenga conto delle circostanze specifiche del caso concreto, senza predeterminare automaticamente la prevalenza o il sacrificio della certezza del diritto sull'effettività della tutela. L'incertezza sulla portata della quarta condizione della giurisprudenza *Kühne & Heitz* aveva portato l'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni a chiedere alla Corte di rivedere la sua giurisprudenza, nel senso di degradarla a «*circostanza*» ovvero, in subordine, a mantenerla al rango di «*condizione*» ma modificandone il carattere da necessario in sussidiario. In sostanza, ad avviso dell'Avvocato Generale, la quarta condizione dovrebbe «trovare applicazione solo in maniera complementare, ossia nel caso in cui le norme processuali di uno Stato membro non abbiano fissato un termine per la presentazione delle domande di riesame e di ritiro delle decisioni amministrative definitive».

Vi è da chiedersi se tale giurisprudenza modifichi in qualche modo il potere di autotutela decisoria previsto nell'ordinamento italiano imponendo o meno l'annullamento di ufficio dell'atto amministrativo in contrasto con l'interpretazione del diritto comunitario, mutata a seguito di un cambio di orientamento esegetico da parte della Corte di giustizia²⁶.

In base al diritto comunitario, un'autorità nazionale non è obbligata a ritornare su una decisione amministrativa divenuta definitiva. Il diritto comunitario impone solo che l'autorità competente sia obbligata a riesaminare e, se del caso, a ritornare, su tale decisione in via eccezionale, nei casi che la Corte ha cercato di circoscrivere in maniera tassativa.

Solo il soddisfacimento delle quattro condizioni stabilite nella giurisprudenza *Kühne & Heitz*, come precisate nelle pronunce successive (*I-21 Germany e Arcor, Kapferer, Kempter*), rendono «obbligatorio il potere (altrimenti) discrezionale» delle autorità amministrative di riaprire il procedimento e, in funzione dei risultati conseguiti all'esito della riapertura del procedimento, l'autorità amministrativa competente dovrà, nel caso in cui l'illegittimità del provvedimento sia dovuto alla violazione delle norme di diritto comunitario o sia fondata su un'errata interpretazione del diritto comunitario, trarne la doverosa conseguenza di annullare d'ufficio il provvedimento, benché coperto dal giudicato amministrativo²⁷.

Pertanto, non sembra corretto arguire che il diritto comunitario trasformi la discrezionalità dell'autotutela decisoria della pubblica amministrazione in un obbligo, imponendo la riapertura del procedimento e la revisione di un provvedimento amministrativo divenuto definitivo; né sembra corretto affermare, alla luce della giurisprudenza comunitaria esaminata, che sussista un automatismo tra l'illegittimità del provvedimento per contrasto con il diritto comunitario e la sua caducazione in autotutela, per mezzo dell'annullamento d'ufficio ex art. 21 *nonies* legge n. 241/90.

La pubblica amministrazione può agire discrezionalmente in autotutela decisoria, esercitando unilateralmente i propri poteri autoritativi in materia di annullamento di un provvedimento illegittimo entro un termine ragionevole

²⁶ Per un approfondimento del problema dell'autotutela decisoria sui provvedimenti amministrativi emanati in contrasto con il diritto comunitario si rinvia a G. GRÜNER, *L'annullamento di ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi della certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 2007, p. 240-260; D. U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei - Tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, Cedam, 2005, p. 45 ss.; A. BIONDI, *The European Court of Justice and certain national procedural limitations: not such a tough relationship*, *CMLR*, 1999, p. 1271 ss.; R. GAROFOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, in *Giust. amm.*, 2004, p. 93 ss.

²⁷ Sulla diversa configurabilità degli istituti dell'annullamento, della nullità e della disapplicazione in riferimento agli atti amministrativi viziati da «anticomunitarietà» si rinvia a V. CERULLI-IRELLI, *Trasformazione del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, p. 441-450.

quando sussistono ragioni di interesse pubblico e siano stati ponderati gli interessi dei destinatari e le posizioni giuridiche dei contro-interessati. La valutazione dell'interesse pubblico all'annullamento del provvedimento deve essere portata avanti dalla pubblica amministrazione nel contesto di un'indagine concreta ed attuale che rientra in un ambito di discrezionalità anche laddove l'illegittimità dipenda dalla violazione del diritto comunitario; tuttavia, se l'interesse pubblico all'annullamento fosse ritenuto, dalla giurisprudenza amministrativa, *in re ipsa* in riferimento al primato dei beni giuridici protetti dalle norme costituzionali²⁸, il principio di equivalenza imporrebbe la necessità di operare la medesima valutazione dell'interesse pubblico anche riguardo alla preminenza dei valori protetti dalle norme dei trattati comunitari²⁹.

In conclusione, l'art. 10 CE impone alle autorità amministrative di cooperare lealmente nell'applicazione dei diritti che discendono dall'ordinamento comunitario, per cui se la riapertura del procedimento diviene obbligatoria per l'organo amministrativo competente, in virtù dell'art. 10 CE ed alle condizioni che ne risultano dall'interpretazione della Corte di giustizia, per contro l'annullamento d'ufficio della decisione amministrativa definitiva contestata non è automatico, in quanto dipende proprio dal risultato a cui il riesame approda. Nell'*iter* successivo alla riapertura del procedimento, l'autorità competente avrà l'obbligo di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente del diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte di giustizia, valutando caso per caso, se vi siano le condizioni per l'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo contestato per violazione del diritto comunitario.

²⁸ In questo senso, TAR Campania, 10 aprile 2007, n. 3193 in materia di annullamento in autotutela di una concessione edilizia per motivi di tutela del paesaggio coperti dall'art. 9 della Costituzione italiana.

²⁹ I principi di equivalenza ed effettività sono i parametri di riferimento per i giudici tedeschi nella risoluzione del caso della *Kempter* per conformarsi a quanto statuito dalla Corte di giustizia. Nel diritto amministrativo tedesco, la legge sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*, 25 maggio 1976) all'art. 48 n. 1 prevede la possibilità per l'amministrazione di procedere ad un annullamento, totale o parziale, con effetto *pro futuro* o *ex tunc*, di un atto amministrativo illegittimo divenuto definitivo. La giurisprudenza tedesca ha precisato che tale potere di annullamento rientra tra i poteri discrezionali dell'amministrazione; sussiste un obbligo di annullamento in capo all'amministrazione ed all'inverso un diritto in capo al ricorrente, solo nel caso eccezionale in cui il mantenimento dell'atto amministrativo definitivo, ma illegittimo, sia «semplicemente insopportabile» per ragioni di ordine pubblico, di buona fede, di equità, di parità di trattamento o d'illegittimità manifesta. In esito alla pronuncia pregiudiziale della Corte, spetterà ancora all'autorità amministrativa competente riesaminare il provvedimento amministrativo definitivo valutando, in base al proprio diritto nazionale, l'illegittimità manifesta o le altre circostanze ostative al mantenimento dell'atto. Inoltre, ai sensi dell'art. 51 del *VwVfG* in materia di riapertura di procedimenti chiusi con atto amministrativo divenuto definitivo, l'obbligo di pronuncia da parte dell'autorità competente, su istanza dell'interessato, circa la revoca o la modifica di un atto amministrativo inoppugnabile, è previsto solo se sono soddisfatte alcune condizioni:

- dopo l'adozione dell'atto, gli elementi di fatto o di diritto sui quali si basa l'atto sono mutati a favore dell'interessato;
- vi sono nuovi elementi di prova che avrebbero creato i presupposti di una decisione più favorevole all'interessato;
- vi sono motivi di riaprire il caso ai sensi dell'art. 580 del codice di procedura civile (*Zivilprozessordnung*).

6. La giurisprudenza in materia di responsabilità extracontrattuale per violazione dell'art. 234, n. 3, CE da parte dei giudici di ultima istanza

La giurisprudenza comunitaria in materia di riesame di atti amministrativi divenuti definitivi in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza, può essere letta unitamente alla giurisprudenza in materia di revocazione di una sentenza nazionale passata in giudicato ma in contrasto con il diritto comunitario³⁰.

Se, da un lato, è vero che i provvedimenti amministrativi oggetto della pronuncia *Kühne & Heitz* si collocano su un piano distinto e diverso dalle decisioni giurisdizionali³¹ – in quanto solo a queste ultime è consentito di assumere il carattere di stabilità dei rapporti giuridici cui si riconnette il principio del giudicato – dall'altro, il *trait d'union* dei diversi filoni giurisprudenziali è costituito dall'inosservanza dell'obbligo per i giudici di ultima istanza di adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale alle condizioni previste dall'art. 234, n. 3, CE.

La soluzione che deriva dalla pronuncia *Kühne & Heitz*, confermata dalla giurisprudenza successiva, consente pertanto, mediante l'art. 10 CE, di ovviare provvisoriamente agli effetti negativi che l'assenza di rinvio pregiudiziale provoca nella situazione di cui all'art. 234, terzo comma, CE, offrendo ai singoli che si sono avvalsi dei rimedi previsti nel rispettivo diritto interno una nuova possibilità di far valere i diritti che l'ordinamento comunitario conferisce loro.

Non a caso, l'art. 10 CE è anche il fondamento della responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici di ultima i-

³⁰ Cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Bot presentate il 24 aprile 2007 nel caso *Kempter*, cit. *supra*, nota 11, che tratta congiuntamente le due questioni del riesame delle decisioni amministrative divenute definitive e delle sentenze passate in giudicato per coglierne le analogie e le differenze; punto 37 «(...) ritengo opportuno fare il punto della situazione sulla giurisprudenza attuale della Corte circa il problema del riesame delle decisioni amministrative e *giurisdizionali* divenute definitive e rivelatesi in contrasto con il diritto comunitario, come interpretato successivamente dalla Corte medesima» (corsivo aggiunto).

³¹ Cfr. punto 19 della sentenza *Kapferer*, cit. *supra* nota 7. La valorizzazione del profilo sanzionatorio dell'inadempimento da parte dei giudici di ultima istanza presente nella terza condizione della giurisprudenza *Kühne & Heitz* è diffusamente presente nelle conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso *Kempter*. Con particolare riguardo al punto 96, «(...) è importante tener presente che la soluzione elaborata dalla Corte nella citata sentenza *Kühne & Heitz*, secondo il dettato della terza condizione prevista da quest'ultima, è strettamente connessa all'obbligo di rinvio pregiudiziale incombente, ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE, ai giudici nazionali le cui decisioni non possono essere oggetto di un ricorso giurisdizionale di diritto interno». Ancora al punto 106 l'Avvocato Generale Bot prosegue affermando che la terza condizione «(...) comporta semplicemente che, in una situazione in cui le parti nella causa principale non hanno invocato il diritto comunitario, se tale giudice dispone, in virtù del proprio diritto nazionale, del potere di esaminare ex officio la legittimità di un atto amministrativo con riferimento al diritto comunitario e ritiene che l'applicazione del detto diritto sia necessaria per decidere, è tenuto, in linea di principio, a investire la Corte di una domanda di interpretazione in via pregiudiziale. La terza condizione di cui alla citata sentenza *Kühne & Heitz* sarà soddisfatta se il giudice non si attiene a quest'obbligo e la decisione da questi pronunciata si basa su un'errata interpretazione del diritto comunitario».

stanza; se sussiste in capo agli Stati l'obbligo di dare applicazione alle norme di derivazione comunitaria, tutelando i diritti che da esse derivano, la violazione di tale obbligo comporta l'azionamento dei rimedi risarcitori previsti dall'ordinamento comunitario³².

Com'è noto, nella sentenza *Köbler*³³, la Corte di giustizia ha esteso la responsabilità patrimoniale dello Stato anche in riferimento alle violazioni poste in essere dal potere giudiziario, affermando, in linea di principio, che il diritto comunitario attribuisce ai singoli il diritto al risarcimento del danno per violazione del diritto comunitario anche nel caso in cui tale violazione sia commessa da un organo giurisdizionale di ultima istanza. Gli Stati membri sono obbligati a riparare i danni causati ai singoli che derivino dalla decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado quando la norma di diritto comunitario violata sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, la violazione sia manifesta e sussista un nesso causale diretto tra questa violazione e il danno subito dalle parti lese³⁴.

La responsabilità extracontrattuale degli Stati per fatto delle giurisdizioni supreme si limita a determinare, sussistendone le condizioni precisate, il risarcimento del danno, senza imporre la revocazione delle decisioni giurisdizionali passate in giudicato che hanno causato il danno³⁵.

Inoltre, in senso difforme dalla conclusioni presentate dall'Avvocato Ge-

³² Sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991 in causa riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *Francovich e altri*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5357 e in questa *Rivista*, 1992, p. 81 con nota di F. CAPELLI, *Un «pungolo» per i paesi inadempienti*, p. 91 s.; sentenza del 5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame III*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1029 e massimata in questa *Rivista*, 1997, p. 51 con commento di F. CAPELLI, *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie*, p. 52 ss.

³³ Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Köbler*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 55.

³⁴ G. DI FEDERICO, *Risarcimento del singolo per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali: il cerchio si chiude?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 133-156; R. CONTI, *Responsabilità per atto del giudice, legislazione italiana e Corte UE. Una sentenza annunciata*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1513 ss.; G. AFFERNI, *La disciplina italiana della responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultima istanza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, p. 261 ss.; A. PALMIERI, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*, in *Foro it.*, 2006, c. 420-422; R. CONTI, *Autorità di cosa giudicata, diritto interno e primato del diritto comunitario*, in *Nuove Autonomie*, 2005, p. 376 ss.; V. ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una "case story" in attesa del finale*, in *Riv. dir. priv.* 2006, p. 347 ss.; P. PIVA, *La tradizionale irresponsabilità del giudice davanti al diritto comunitario. Note a margine della koblerizzazione del diritto comunitario e del diritto degli Stati membri*, in *Diritto della Regione*, 2004, p. 809 ss.; L. FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 63 ss.; E. SCODITTI, *Francovich presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*, in *Foro it.*, 2004, c. 4 ss.; F. CAPELLI, *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie*, in questa *Rivista*, 1997, p. 54 ss.; E. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in *Foro it.*, 2006, c. 417 ss.; T. GIOVANNETTI, *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*, in *Foro it.*, 2006, c. 423-448.

³⁵ Cfr. punto 39 sentenza *Köbler*, *cit. supra*, nota 32.

nerale Léger, la Corte nella causa *Köbler* non aveva stabilito che la violazione dell'obbligo di cui all'art. 234, n. 3, CE, dovesse essere considerato di per sé, una violazione grave e manifesta, fonte per ciò solo, di risarcimento del danno per il singolo.

Nel caso *Commissione c. Italia*, la sistematicità della violazione del diritto comunitario da parte delle giurisdizioni di ultima istanza, veniva considerato come un errore inescusabile che integrava il requisito della violazione manifesta perché costituiva una seria minaccia per l'uniformità dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto comunitario³⁶.

La strutturale limitatezza del rimedio risarcitorio per ristorare la tutela giurisdizionale dei singoli nonché, come si vedrà a breve, per "ripristinare" la certezza del diritto nell'ordinamento comunitario, non poteva non evidenziarsi nei successivi casi sottoposti alla Corte di giustizia attraverso il procedimento pregiudiziale di interpretazione, arrivando ad imporre, in determinate circostanze, la revocazione delle decisioni giurisdizionali passate in giudicato³⁷.

Nella sentenza *Traghetti del Mediterraneo*³⁸, i giudici del Kirchberg hanno integrato e precisato la pronuncia *Köbler*, estendendo l'imputabilità della responsabilità patrimoniale dello Stato anche al caso in cui la violazione del diritto comunitario, dal quale derivi un danno per i singoli, sia conseguenza dell'attività di interpretazione delle norme giuridiche, anche relative alla valutazione dei fatti e delle prove, operate da un organo giurisdizionale di ultimo grado.

Inoltre, sotto il diverso versante della specificazione del profilo oggettivo della responsabilità dello Stato per fatto dei giudici, la Corte è ritornata sul requisito della «violazione manifesta» affermando che essa sia valutata, *inter alia*, alla luce del carattere scusabile ovvero inescusabile dell'errore di diritto commesso, o dalla mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE per le giurisdizioni di ultima istanza.

³⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 2003 in causa n. C-129/00, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14637 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 534. La sentenza si segnala per essere il primo caso di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte delle giurisdizioni di ultima istanza. Per un commento a tale sentenza, si rinvia a L. S. ROSSI - G. DI FEDERICO, *Case C-129/00, Commission v. Repubblica Italiana*, *CMLR*, 2005, p. 829-849.

³⁷ I privati, difettando della legittimazione attiva per avviare la procedura d'infrazione, sono costretti ad utilizzare indirettamente, per mezzo dei giudizi instaurati in ambito nazionale, il rinvio pregiudiziale al fine di sollecitare la giurisprudenza comunitaria a precisare la portata della responsabilità extracontrattuale dello Stato.

³⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 2006 in causa n. C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5177 e massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 741. Con particolare riguardo ai profili di incompatibilità con il diritto comunitario della legge n. 117 del 1988 sulla responsabilità civile dei magistrati, si rinvia a C. RASIA, *Responsabilità dello Stato per violazione di diritto comunitario da parte del giudice supremo: il caso Traghetti del Mediterraneo contro Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 661-682; v. anche F. BIONDI, *Un brutto colpo per la responsabilità civile dei magistrati (nota a sentenza della Corte di Giustizia del 13 giugno 2006, Traghetti del Mediterraneo c. Italia)*, in www.forumcostituzionale.it; F. GIANFILIPPI, *Violazione di norme comunitarie, giudicato interno contrastante e responsabilità civile dello Stato-giudice*, in *Giur. Merito*, 2002, p. 360 ss.

7. Il diritto comunitario tra "relatività" della certezza del diritto e cedevolezza della *res judicata*

Nonostante le cautele logiche ed argomentative approntate dai giudici comunitari, è evidente come, da un lato, la giurisprudenza comunitaria in materia di riesame di una decisione amministrativa definitiva e, dall'altro, la giurisprudenza sulla responsabilità extracontrattuale dello Stato per fatto dei giudici di ultima istanza, confluiscono nel problema dell'incidenza del diritto comunitario su principi fondamentali degli ordinamenti processuali nazionali quali la certezza del diritto e l'intangibilità della cosa giudicata³⁹.

Il diritto comunitario riconosce il principio dell'intangibilità del giudicato quale principio generale presente negli ordinamenti giuridici di tutti gli Stati membri.

La tutela del giudicato in ambito comunitario è la premessa logico-giuridica che aveva sin qui determinato la giurisprudenza comunitaria relativa all'inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario anche per fatto del giudice di ultima istanza.

Anche laddove, nella causa *Kühne & Heitze*, i giudici di Lussemburgo avevano intaccato l'intangibilità del giudicato amministrativo per affermare l'obbligo di riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva, l'ipotesi era dettata dalla necessità di garantire l'equivalenza e l'effettività della tutela giurisdizionale, stante l'esaurimento dei rimedi giurisdizionali esperibili dal privato e la possibilità di revisione del provvedimento consentita dal diritto nazionale in casi di violazione della normativa interna.

Da questa prospettiva, la sentenza *Kapferer* non era risultata contraddittoria, anzi: semmai si poneva in continuità con la tutela del giudicato, sancendone la primazia sul principio di leale cooperazione. La condizione necessaria per travolgere il principio dell'intangibilità del giudicato per violazione del diritto comunitario rimane, infatti, ancorata alla sola possibilità che l'ordinamento interno preveda e contempli tale ipotesi per la violazione del diritto nazionale.

Diversamente, parte della dottrina⁴⁰ ha sottolineato come sia stata la sentenza *Lucchini*⁴¹, imponendo la disapplicazione dell'art. 2909 c.c., a scalfire il

³⁹ E. SCODITTI, *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Foro it.*, 2007, c. 533 ss.; M. T. STILE, *Il problema del giudicato di diritto interno in contrasto con l'ordinamento comunitario o con la CEDU*, in questa *Rivista*, 2007, p. 237-266; D. SIMON, *Autorité de la chose jugée de l'arrêt d'une juridiction nationale devenu définitif*, in *Juris Classeur Europe*, 2007, p. 235; G. MARI, *La forza di giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, p. 1007-1059.

⁴⁰ Cfr. C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie nel nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 225-238; C. MALINCONICO, *Il recupero degli aiuti di Stato tra preclusioni processuali nazionali e limiti alla proposizione d'ufficio del ricorso pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 805 ss.

⁴¹ Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007 in causa n. C-119/05, *Lucchini S.p.a.*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 6199, in questa *Rivista*, 2007, p. 729 con commento di M. T. STILE, *La sen-*

dogma dell'intangibilità del giudicato per affermare il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario; nella pronuncia *Lucchini* i giudici comunitari sembrano non muoversi più sul piano dell'equivalenza e dell'effettività della tutela giurisdizionale, quale conseguenza della tutela della certezza del diritto, bensì sul piano delle deroghe al giudicato che trovano la loro causa di giustificazione nel principio del primato del diritto comunitario sulla normativa interna con esso contrastante⁴².

I giudici comunitari ricordano nella sentenza come il principio della *res judicata* non ha valore assoluto, ma relativo in quanto gli ordinamenti processuali degli Stati membri prevedono che, in tassative ipotesi di carattere eccezionale, si possano travolgere gli effetti di stabilità dei rapporti giuridici definitivamente affermati in una pronuncia giurisdizionale che faccia stato tra le parti. La violazione del diritto comunitario non costituisce di per sé un motivo idoneo a travalicare gli effetti del giudicato; tuttavia, all'inverso, il giudicato non può svuotare l'effettività delle norme e degli atti comunitari dovendo, in talune circostanze, modellarsi alla conformità con il diritto comunitario.

Nella causa *Lucchini spa*, la Corte di giustizia ha dichiarato la cedevolezza del giudicato civile italiano per contrasto con la normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato, imponendo all'occorrenza la disapplicazione dell'art. 2909 c.c.

In virtù del principio di attribuzione delle competenze, i giudici nazionali non hanno competenza a pronunciarsi sulla compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato comune, poiché tale valutazione rientra nella competenza esclusiva della Commissione; la ripartizione delle competenze osta, inoltre, a che un giudice nazionale sia competente a dichiarare l'invalidità degli atti delle istituzioni comunitarie rimanendo, com'è noto, la giurisdizione sulla validità degli atti comunitari una competenza esclusiva dei giudici comunitari.

Ne consegue che un'interpretazione dell'art. 2909 c.c. idonea ad attribuire ad una decisione di un giudice nazionale effetti che eccedono i limiti della sua competenza, impedisce l'applicazione del diritto comunitario rendendo, in via di fatto, impossibile il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione del diritto comunitario e dichiarato incompatibile con il mercato comune a seguito di una decisione della Commissione divenuta definitiva. Tale interpretazione dell'art. 2909 c.c. è contraria al diritto comunitario per violazio-

tenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?, p. 733 ss.

⁴² In una prospettiva *de iure condendo* si muove parte della dottrina italiana che cerca di "internalizzare" i meccanismi di rimozione del giudicato interno attraverso la modifica del codice di rito che preveda un motivo di revocazione straordinaria del giudicato interno per contrasto con il diritto comunitario; sul punto si rinvia a M. T. STILE, *La sentenza Lucchini*, *loc. cit.*, p. 741. Nelle more di un intervento legislativo, ci si può chiedere se, comunque, possa ipotizzarsi, anche alla luce delle recenti sentenze della Corte costituzionale n. 348/2007 e n. 349/2007, una pronuncia additiva di principio del Giudice delle leggi, dichiarativa della incostituzionalità degli artt. 395 c.p.c. e 397 c.p.c. nella parte in cui non contemplino, tra i motivi di revocazione, il contrasto con il diritto comunitario anche alla luce dell'interpretazione autentica fornita dalla Corte di giustizia.

ne della competenza esclusiva della Commissione in materia di aiuti di Stato; i giudici nazionali sono dunque obbligati a disapplicare l'art. 2909 c.c. nella misura in cui un giudicato civile rende impossibile il recupero di aiuti di Stato definitivamente accertati come illegittimi da un'inoppugnabile decisione della Commissione.

Invero, l'*iter* argomentativo della Corte di giustizia avrebbe potuto raggiungere le medesime conclusioni, seguendo un percorso affatto diverso; in effetti, anche alla luce delle considerazioni sull'esame del complesso quadro fattuale presente nella causa *Lucchini*, si sarebbe potuto sostenere come proprio la certezza del diritto e la stabilità dei rapporti giuridici sarebbero violati se si assumesse un'interpretazione dell'art. 2909 c.c. tale per cui un giudicato interno successivo ed in contrasto con una decisione inappellabile della Commissione renda impossibile il recupero di un aiuto di Stato incompatibile con il mercato comune. Infatti, sull'incompatibilità dell'erogazione si era già espressa la Commissione, nell'esercizio delle proprie competenze esclusive in materia di aiuti di Stato; la ricorrente avrebbe potuto impugnare la decisione della Commissione attraverso la proposizione di un ricorso di annullamento nel termine previsto dall'art. 230, n. 5, CE, sottoponendo ai giudici comunitari il vaglio di legittimità della decisione impugnata. Non essendosi la *Lucchini* avvalsa del rimedio giurisdizionale offerto dall'ordinamento comunitario, per incuria o per strategia processuale, la decisione della Commissione ha acquisito carattere definitivo. Consentire alla ricorrente di potere contestare l'illegittimità dell'atto comunitario divenuto definitivo all'interno di un giudizio nazionale non violerebbe solo la ripartizione delle competenze, ma anche la certezza del diritto, seriamente minacciata se una decisione definitiva dell'ordinamento comunitario potesse essere rimessa in discussione da una sentenza nazionale successivamente passata in giudicato ed in contrasto con il diritto comunitario. Il fatto che si fosse già formato un "giudicato"⁴³ costituito dalla definitività della decisione della Commissione avrebbe dunque determinato un contrasto positivo di decisioni non ulteriormente impugnabili⁴⁴. La certezza del diritto nell'ordinamento comunitario, garantita dalla decisione di recupero dell'aiuto illegittimamente erogato in violazione della normativa comunitaria, prevarrebbe sulla stabilità dei rapporti giudici affermati nell'ordina-

⁴³ P. BIAVATI, *Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato*, in *Int'l Lis*, 2005, p. 62-66.

⁴⁴ Sulla natura para-giurisdizionale delle decisioni della Commissione in materia di aiuti di Stato e concorrenza, si rinvia a M. T. STILE, *Il problema del giudicato di diritto interno*, cit. *supra*, nota 39, p. 234-235. Le decisioni, in quanto rientranti nella più ampia categoria degli atti comunitari vincolanti, possono diventare inappellabili ma non possono acquisire lo *status* della cosa giudicata perché il giudice nazionale, in seguito ad un rinvio pregiudiziale di validità, potrà sollevare d'ufficio l'eccezione d'invalidità di un atto comunitario divenuto definitivo per la scadenza dei termini di impugnazione. Tuttavia, l'eventuale sindacato giurisdizionale della Corte nelle decisioni della Commissione in materia di aiuti di Stato e concorrenza, non può spingersi oltre la regolarità formale e procedurale dell'atto, essendo fortemente limitata la valutazione del merito della decisione.

mento interno con il successivo giudicato civile, affermativo dell'obbligo incondizionato di pagamento dell'aiuto medesimo, almeno nelle materie in cui vige la competenza esclusiva della Comunità.

Tale impostazione avrebbe consentito alla Corte di mantenersi maggiormente aderente al principio della certezza del diritto, in armonia con la precedente giurisprudenza comunitaria, in quanto la tutela della certezza del diritto, di cui il principio dell'autorità della cosa giudicata non ne costituisce che un profilo ed un corollario, sarebbe stato il presupposto logico posto a fondamento della sentenza.

In realtà, la Corte di giustizia sembra aver argomentato l'obbligo di disapplicazione dell'art. 2909 c.c. in modo da evitare lo scontro diretto con il principio in questione, – e dunque con i giudici italiani –, per muoversi sul più sicuro rifugio del primato del diritto comunitario in una materia, come quella degli aiuti di Stato, in cui la cessione di sovranità da parte degli Stati membri opera in modo netto e consolidato, anche in virtù della competenza esclusiva della Commissione a valutare la compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato comune.

Seguendo la via del primato, però, la portata della pronuncia su altre materie (*in primis*, la concorrenza) dipenderà dalla successiva giurisprudenza della Corte; il che potrà pregiudicare la prevedibilità delle situazioni giuridiche. Infatti, non si può escludere che alla pronuncia debba attribuirsi carattere eccezionale se si analizza quale ruolo può aver giocato nella decisione dei giudici l'analisi dei particolari fatti in causa.

Nella filigrana della sentenza, e ancor di più nelle perentorie conclusioni dell'Avvocato Generale⁴⁵, emerge in controluce l'intento di sanzionare, con il travolgimento del giudicato civile, la sistematicità delle violazioni di diritto comunitario operate nella causa *Lucchini*. La violazione del diritto comunitario è stata commessa in primo luogo dai giudici (il Tribunale civile e penale di Roma, la Corte d'appello di Roma) nel momento in cui hanno ignorato la decisione della Commissione obbligatoria nei loro confronti ai sensi del combinato disposto degli artt. 10 e 249 CE; dallo Stato membro nella colpevole omissione di comunicare alla Corte d'appello di Roma l'adozione da parte della

⁴⁵ Cfr. punti 65-66 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Geelhoed, presentate il 14 settembre 2006, nella causa *Lucchini s.p.a.*, cit. *supra* nota 40: «In questa luce occorre rilevare che i giudici civili italiani investiti della causa, o per ignoranza o per incuria, hanno compiuto gravi errori, sia in primo grado sia in sede di appello. In primo grado essi hanno ignorato gli obblighi sopra descritti di accertare in modo coerente se fossero soddisfatti gli artt. 88, n. 3, CE o l'art. 6 del codice degli aiuti, oppure se esistesse una decisione con cui la Commissione approvava esplicitamente l'aiuto. E, cosa ancora più grave, la Corte d'Appello non ha voluto rispettare la decisione negativa nel frattempo resa dalla Commissione. Mi limito a questa constatazione, senza approfondire la motivazione con cui quest'ultimo organo giurisdizionale ha ritenuto di dover disapplicare il diritto comunitario. In caso di una violazione tanto flagrante non mi sembra opportuno continuare la *discussione pedagogica* per spiegare perché tale motivazione è giuridicamente insostenibile» (corsivo aggiunto).

Commissione della decisione negativa sull'incompatibilità dell'aiuto con il mercato comune; infine, dalla ricorrente per non avere impugnato la decisione della Commissione, al fine di ottenere una sentenza civile favorevole da opporre all'esecutività della decisione di recupero dell'aiuto illegittimo.

In tale contesto, trincerarsi dietro l'intangibile dogma del giudicato avrebbe significato: misconoscere la certezza del diritto nell'ordinamento comunitario, garantita dall'inoppugnabilità della decisione della Commissione; negare la ripartizione delle competenze stabilite dai Trattati comunitari, svuotando di fatto i poteri della Commissione in materia di aiuti di Stato; annullare, infine, l'effetto utile dei diritti di derivazione comunitaria⁴⁶.

In realtà, il comportamento della ricorrente, stigmatizzato dall'Avvocato Generale, non merita di essere tutelato dalla forza del giudicato, a meno di non svuotare la *ratio* sottesa all'art. 2909 c.c., consentendone un uso distorto, se non un abuso⁴⁷.

8. L'impatto dei principi di equivalenza ed effettività sul principio di autonomia procedurale e l'armonizzazione indiretta delle regole procedurali nazionali

La giurisprudenza richiamata ha dunque stabilito che la certezza del diritto, quale principio generale del diritto comunitario, può essere garantita attraverso la predisposizione di istituti processuali e sostanziali da parte dell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro per la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dalle norme comunitarie, purché tali istituti non siano meno favorevoli rispetto a quelli previsti per ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza)⁴⁸, né abbiano l'effetto di rendere, in linea di fatto o di diritto,

⁴⁶ Il richiamo va alle conclusioni dell'Avvocato Generale Léger nella causa *Kühne & Heitz*, cit. *supra*, nota 5.

⁴⁷ Una delle argomentazioni addotte dalla Lucchini nelle osservazioni presentate nel procedimento pregiudiziale, a sostegno della propria posizione, riguardava la tutela del legittimo affidamento a seguito dell'esistenza di una sentenza civile passata in giudicato che disponeva l'erogazione dell'aiuto. Tuttavia, tale argomento risulta infondato se si considera che la società Lucchini Spa, uno dei massimi produttori italiani di acciaio, era tenuta a conoscere in base al codice degli aiuti CECA, che il diritto al pagamento dell'aiuto è condizionato dalla decisione di approvazione al livello comunitario; pertanto, in un caso di specie, è da escludere che la legittimità dell'affidamento invocato, ovvero la meritevolezza della relativa tutela possa impedire la restituzione dell'aiuto illegittimamente ricevuto. In tal senso, si vedano ancora, al punto 68, le conclusioni nella causa *Lucchini*: «Non posso pertanto sottrarmi all'impressione che nella fattispecie la Lucchini abbia cercato il *punto debole della catena giurisdizionale* che può essere invocata per giudicare della legittimità della concessione di agevolazioni statali» (corsivo aggiunto).

⁴⁸ In giurisprudenza, *ex multis*, sentenza della Corte di giustizia 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *Francovich e altri*, cit. *supra*, nota 32; sentenza 9 novembre 1983 in causa C-199/82, *San Giorgio*, in *Raccolta*, 1983, p. 3595 e in questa *Rivista*, 1983, p. 483 con nota di F. CAPELLI, *Ripetizione d'indebito e diritto comunitario*, p. 483 e commento di S. ZARRILLI, *La ripetizione dell'indebito nel diritto comunitario*, p. 505 ss.; sentenza 16 maggio 2000 in causa n. C-78/98, *Shirley Preston et al.*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 3201 ss.

impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)⁴⁹.

Il principio di equivalenza della tutela giurisdizionale opera una traslazione, sul piano processuale, del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità variamente affermato dalla giurisprudenza comunitaria con un effetto uniformante, sul piano sostanziale, delle legislazioni nazionali in vigore negli Stati membri. L'equivalenza impone che le norme procedurali nazionali debbano prevedere una tutela analoga per i diritti di fonte comunitaria rispetto ai diritti che discendono da norme di diritto interno⁵⁰; si determinerebbe, ad esempio, una violazione dell'equivalenza nei livelli di tutela se un singolo, per invocare un diritto attribuito dall'ordinamento giuridico comunitario, dovesse affrontare spese e attese superiori rispetto a colui che fondasse la propria pretesa sulla legge puramente interna. Dal principio di equivalenza, i giudici di Lussemburgo traggono la logica conseguenza per cui, sebbene il diritto comunitario non sia competente a stabilire norme processuali uniformi per l'applicazione dei diritti che originano dal diritto comunitario, pur tuttavia se una norma interna prevede una tutela dei diritti che discendono dal diritto nazionale sarebbe illegittimo che un'analoga tutela non venisse accordata per i diritti che nascono dall'ordinamento comunitario.

Il principio di effettività impone, invece, che il giudice nazionale verifichi se non sia praticamente impossibile o manifestamente difficile per i ricorrenti esercitare i diritti loro attribuiti dalla normativa comunitaria⁵¹; una violazione dell'effettività si avrebbe quando, ad esempio, un singolo fosse costretto ad intentare una pluralità di procedimenti paralleli per ottenere la tutela di diritti attribuitogli in forza del diritto comunitario.

L'effetto uniformante, sul piano del diritto sostanziale rispetto alla legi-

⁴⁹ *Ex multis*, sentenza del 15 maggio 1986 in causa n. C-222/84, *Johnston*, in *Raccolta*, 1986, 1651, punti 18-19; sentenza del 25 luglio 2002 in causa n. C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6677, punto 39 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 520; sentenza del 13 marzo 2007 in causa n. C-432/05, *Unibet*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 2271, punto 37.

Per un'analisi delle possibili conseguenze che la sentenza *Unibet* potrebbe comportare sul piano interno si rinvia a R. JACCHIA - M. FRIGO, *Responsabilità extracontrattuale degli Stati membri*, cit. *supra*, nota 9, p. 661.

⁵⁰ In realtà, il rafforzamento dell'equivalenza dei livelli di tutela giurisdizionale, operato dalla giurisprudenza comunitaria, potrebbe dar luogo anche a casi di discriminazione alla rovescia; più in particolare, in riferimento al diverso trattamento degli atti amministrativi invalidi per violazione di norma comunitaria rispetto alla violazione di norme interne, si rimanda a V. CERULLI-IRELLI, *Trasformazione del sistema di tutela giurisdizionale*, cit. *supra*, nota 9, p. 448.

⁵¹ In dottrina, si rinvia, tra gli altri, a A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 41; M. P. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 505; G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, Giuffrè, 2001; L. DANIELE, *L'effettività della tutela amministrativa nell'applicazione del diritto comunitario europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1996, p. 1385; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, Giuffrè, 2004.

slazione degli Stati membri, del principio di non-discriminazione, interpretato alla luce della giurisprudenza della Corte, sembra poter essere svolto, sul piano del diritto processuale nazionale, dai principi di equivalenza ed effettività della tutela giurisdizionale. Questi ultimi diventano, nella recente giurisprudenza della Corte, strumenti di interpretazione degli istituti processuali nazionali in chiave funzionale alla conformità con il primato e l'effettività del diritto comunitario, determinando un'omogeneizzazione di fondo delle tutele giurisdizionali vigenti nello spazio giuridico europeo.

Il principio di attribuzione delle competenze, in quanto principio strutturale dell'ordinamento comunitario, è al contempo conseguenza diretta delle cessioni di sovranità che gli Stati membri hanno operato a favore della "Comunità di diritto" e parametro di misurazione delle presunte "derivate" della giurisprudenza comunitaria⁵²; esso impone, com'è noto, che la Comunità agisca nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal Trattato. In forza del principio di attribuzione delle competenze si argomenta l'assenza di una base giuridica che legittimi un siffatto potere di intervento delle istituzioni comunitarie nelle regole processuali degli Stati membri. La legislazione processuale rimane ancora un settore riservato alla sovranità statale ed insieme costitutivo dell'identità nazionale; tuttavia, i principi generali di diritto comunitario come il principio di leale cooperazione ed i suoi corollari dell'effettività e l'equivalenza della tutela giurisdizionale hanno una capacità di influenzare gli ordinamenti processuali nazionali anche al di là degli obblighi di conformità al diritto comunitario positivamente imposti dai Trattati comunitari⁵³.

Questa naturale capacità espansiva non deriva necessariamente dalla politica giudiziaria della Corte in favore dell'approfondimento dell'integrazione comunitaria quanto piuttosto dalla coesistenza fisiologica degli aspetti sostanziali, stabiliti dalle istituzioni comunitarie in sede legislativa, con gli aspetti processuali, rimessi alla competenza dei legislatori nazionali, ma sottoposti al vaglio di conformità dall'esegesi comunitaria.

L'inadeguatezza di concepire in modo distinto e separato il piano dei diritti processuali da quello dei diritti sostanziali è la causa dei naturali "sconfimenti" della Corte. Secondo la prospettiva nazionale ciò crea il rischio di una progressiva erosione del principio di autonomia procedurale degli Stati membri con l'effetto di determinare un'armonizzazione indiretta delle regole procedurali nazionali. Ciò che a livello nazionale è percepito come "erosione", a livello comunitario si trasforma in "costruzione" di un ordinamento

⁵² G. TESAURO, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, p. 235 ss.; F. SCHOCKWEILER, *La Cour de justice des Communautés européennes dépasse-t-elle les limites de ses attributions?*, in *Jour. trib. dir. eur.*, 1995, p. 73 ss.

⁵³ In tal senso, v. A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale*, cit. *supra*, nota 51, p. 27.

giuridico sovranazionale di tipo complesso, attraverso la capacità di sintesi degli istituti giuridici nazionali che vengono reinterpretati ed adattati ai principi comunitari.

Nella prospettiva comunitaria, tale rischio si converte nell'effetto di o-smosi (*rectius: cross-fertilization*) tra gli ordinamenti processuali nazionali ed il diritto comunitario, in cui il "dialogo tra le Corti" necessariamente determina una contaminazione degli istituti processuali nazionali con i principi comunitari e viceversa, attraverso lo strumento dei principi generali ricostruiti in via ermeneutica sulla base delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

La fluidità ed il dinamismo di tale dialogo introduce un grado di concorrenza dei livelli di tutela dei diritti affermati nei singoli ordinamenti giuridici di ciascuno Stato membro, del quale dovrebbero risultare beneficiari, in ultima analisi, i cittadini dell'Unione.

Certo, in alcuni casi permane il rischio che la contaminazione avvenga solo in una direzione verticale diretta, ovvero dai principi generali di diritto comunitario verso gli istituti processuali nazionali⁵⁴; il grado di probabilità di verifica del rischio dipende in massima misura dal corretto utilizzo, da parte dei giudici nazionali e dei giudici di Lussemburgo, dello strumento di collegamento diretto delle Corti offerto dal rinvio pregiudiziale di interpretazione.

Il riconoscimento dei principi di legalità e certezza del diritto come principi generali del diritto comunitario devono, infatti, imporsi anche rispetto alle istituzioni comunitarie e, dunque, anche rispetto alla stessa Corte di giustizia.

Il sindacato della Corte è garanzia della certezza del diritto e della legalità nella misura in cui la sua giurisprudenza si dimostri aderente alle norme ed allo spirito del Trattato.

Un'interpretazione troppo estensiva o astratta dei principi generali del diritto comunitario potrebbe costituire un "*vulnus*" non solo per il principio di legalità ma anche per la certezza del diritto, legando la prevedibilità delle situazioni giuridiche che coinvolgono il diritto comunitario alle oscillazioni della giurisprudenza della Corte.

In tal senso, l'utilizzo non astratto dei principi generali di diritto comunitario per sanzionare l'incompatibilità di situazioni puramente interne⁵⁵, il ri-

⁵⁴ In tal senso vedi L. MUSSELLI, *La giustizia amministrativa dell'ordinamento comunitario*, Torino, Giappichelli, 2000. A tal proposito si parla anche di una lettura funzionalista degli istituti nazionali, intendendo con questa espressione l'impiego, da parte dei giudici comunitari, di istituti processuali nazionali in modo funzionale rispetto alla primazia del diritto comunitario (v. E. RINALDI, *Il miracolo dei polli olandesi*, cit. supra, nota 5, p. 665).

⁵⁵ I principi generali di diritto comunitario sono fondamentali per il corretto funzionamento e la coerenza del diritto comunitario, ma non possono operare in astratto. Le legislazioni nazionali possono essere valutate sulla base della loro conformità ai principi generali solo se si collocano nell'ambito di applicazione del diritto comunitario; ciò si verifica nel caso in cui alla situazione sia applicabile una specifica norma sostanziale di diritto comunitario, ovvero nella ipotesi di deroghe ammesse dal diritto comunitario, o ancora nel caso di norme nazionali attuative del diritto comuni-

petto delle regole processuali comunitarie con particolare riguardo ai profili di ricevibilità dei rinvii pregiudiziali, la definizione dei limiti oggettivi e soggettivi del giudicato comunitario, la stabilità del diritto comunitario rispetto ai *revirement* giurisprudenziali, diventano criteri essenziali di garanzia della certezza del diritto e della legalità nell'ordinamento comunitario⁵⁶.

In particolare, il procedimento pregiudiziale dovrebbe essere utilizzato dalla stessa Corte di giustizia evitando che esso venga strumentalizzato al fine di monitorare la conformità al diritto comunitario di talune normative sostanziali e processuali degli Stati membri. Il grado di complessità sempre maggiore dell'ordinamento comunitario dovrebbe portare ad un rigoroso rispetto, piuttosto che ad una disinvolta flessibilità, delle regole del processo comunitario, in particolare sotto il profilo dell'irricevibilità dei quesiti pregiudiziali, non solo allo scopo di rafforzare l'autorevolezza della giurisprudenza comunitaria, ma anche di *responsabilizzare* i giudici nazionali nella corretta indagine sulla rilevanza e sulla utilità della questione prospettata.

Più in particolare, in materia di ricevibilità dei rinvii pregiudiziali, secondo una prassi giurisprudenziale ormai consolidata, le domande di rinvio pregiudiziale di validità delle norme nazionali rispetto al parametro del diritto comunitario, vengono "salvate" dall'ordinanza di irricevibilità della Corte e trasformate in quesiti pregiudiziali di interpretazione, per cui i giudici comunitari vengono chiamati, in nome dell'esigenza di garantire un'uniforme applicazione dei precetti comunitari, ad interpretare se una norma o un principio di diritto comunitario osti o meno ad una determinata normativa nazionale. Questo espediente, sebbene sia conforme ad un approccio sostanzialistico⁵⁷ di tutela dell'uniformità applicativa del diritto comunitario, potrebbe apparire a lungo andare apertamente conflittuale con il principio di autonomia processuale, specialmente considerando la portata para-legislativa delle sentenze in-

tario. Laddove, invece, si versi in situazioni puramente interne, i principi generali non dovrebbero invece operare come sostituti di normative nazionali per *creare* una norma sostanziale di diritto comunitario applicabile o per *stabilire* in che modo tale norma sostanziale dovrebbe essere applicata. In materia si rinvia in dottrina a F. CAPELLI, *I principi generali come fonte di diritto*, in questa *Rivista*, 1986, p. 545 ss.; A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1994, p. 521 ss.; M. VACCA, *L'integrazione dell'ordinamento comunitario con il diritto degli Stati membri e con i principi generali di diritto*, in questa *Rivista*, 1991, p. 339 ss.; T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 36-42; recentemente, in giurisprudenza, sull'applicazione "concreta" dei principi generali si rimanda alla sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia del 23 settembre 2008 in causa n. C-427/06, *Bartsch*, (non ancora pubblicata) ed alle conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston del 22 maggio 2008, punti 66 ss.

⁵⁶ Con particolare riguardo all'analisi dei casi, invero, sempre meno infrequenti, di cambi di orientamento della Corte di giustizia ed al loro effetto pregiudizievole sulla certezza del diritto, si rinvia a P. J. WATTEL, *Köbler, Cilfit and Welthgrove*, cit. *supra*, nota 3, p. 179 ed alla casistica giurisprudenziale ivi richiamata.

⁵⁷ Con particolare riferimento all'approccio sostanzialistico seguito dalla Corte di giustizia nell'interpretazione dell'art. 10 CE quale "norma-ombrello" (anche) al fine di operare un ravvicinamento tra i pilastri si rimanda a R. JACCHIA - M. FRIGO, *Responsabilità extracontrattuale degli Stati membri*, cit. *supra*, nota 9, p. 643-680.

interpretative della Corte di giustizia e la loro incidenza sugli istituti processuali nazionali.

9. Lo *ius supervenies* riferito al diritto comunitario nel caso di nuovi orientamenti della Corte di giustizia: verso lo *stare decisis*?

La casistica giurisprudenziale esaminata, circostanziando in modo tassativo le condizioni per la revisione degli atti amministrativi definitivi ovvero imponendo la disapplicazione dell'art. 2909 c.c. non muta, *rebus sic stantibus*, la sostanza e la natura dell'istituto dell'autotutela decisoria o del giudicato amministrativo e civile.

Tuttavia, l'interpretazione dei principi generali di diritto comunitario come strumento di integrazione del diritto comunitario negli ordinamenti giuridici nazionali non può costituire una garanzia che, in futuro, il contenuto degli istituti processuali nazionali non venga piegato alle esigenze di tutela dell'effettività del diritto comunitario.

Ai sensi della giurisprudenza della Corte richiamata, i giudici nazionali sono chiamati a garantire l'effettività delle norme comunitarie, secondo l'interpretazione autentica fornita dalla Corte di giustizia, disapplicando la norma processuale interna quando essa ha un effetto preclusivo del loro esercizio. In tale ipotesi i giudici nazionali si ritrovano, in sostanza, davanti all'applicazione del principio del primato del diritto comunitario sotto il peculiare profilo dell'efficacia normativa delle sentenze della Corte di giustizia⁵⁸.

Il rafforzamento del principio di cooperazione in termini di effettività ed equivalenza della tutela giurisdizionale dei diritti attribuiti ai singoli dalle norme comunitarie accresce la portata precettiva degli obblighi di corretta applicazione ed uniforme interpretazione del diritto comunitario che incombono sulle giurisdizioni nazionali.

Il sempre maggiore coinvolgimento delle autorità nazionali in sede di "*vivificazione*" dei diritti che discendono dal sistema comunitario determina

⁵⁸ Su questo punto si richiama la sentenza della Corte di giustizia del 27 ottobre 2006 in causa n. C-168/05, *Mostanża Claro*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 10421 e massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 761. Sull'efficacia nel tempo delle pronunce della Corte di giustizia e la compatibilità con la tutela della certezza del diritto si rinvia in giurisprudenza alla sentenza della Corte di giustizia del 9 settembre 2004 in causa n. C-72/03, *Carbonati Apuani*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 8027; in dottrina, sulla natura di interprete-legislatore della Corte in funzione dell'approfondimento del processo di integrazione europea v. P. MENGOZZI, *La rule of law ed il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, in *Dir. Un. Eur.*, 1992, p. 511 ss.; v. altresì, A. TIZZANO, *Il ruolo della Corte di Giustizia nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 1994, p. 920 ss.; A. M. DONNER, *The constitutional power of the Court of Justice of the European Communities*, *CMLR*, 1974, p. 127 ss.; M. P. CHITI, *The role of the European Court of Justice in the development of general principles and their possible codification*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1995, p. 661 ss.; P. MARIANI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia: interesse generale e tutela dei singoli*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 633-659.

l'aggravarsi della responsabilità degli organi giurisdizionali di ultima istanza, come precisato dalla giurisprudenza *Köbler* e dalle successive pronunce della Corte, con particolare riguardo all'obbligo di adire la Corte in via pregiudiziale.

Se è vero che il Trattato comunitario non colloca le sentenze della Corte di giustizia tra le fonti del diritto, né introduce il principio dello *stare decisis* per riconoscere forza vincolante *erga omnes* alle pronunce della stessa, è pur vero che la valorizzazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale in virtù dell'art. 234, n. 3, CE, presente nella maggioranza dei casi esaminati, comprime fortemente l'attività interpretativa degli organi giurisdizionali sulle norme che ricadono nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, in favore dell'esegesi fornita dai giudici comunitari in fattispecie identiche o similari.

Davanti al crescente valore del "precedente persuasivo" per i giudici non di ultima istanza, e del "precedente vincolante" per le giurisdizioni supreme, i giudici nazionali non possono più manifestamente violare il diritto comunitario per non far incorrere lo Stato di appartenenza nella responsabilità patrimoniale ovvero per non vedere travolte le loro statuizioni anche laddove siano coperte dal giudicato interno. Per smarcarsi dalla pervasività del potere nomofilattico della Corte di giustizia agli organi giurisdizionali di ultima istanza non resterà che conformarsi al precedente comunitario, ovvero rimettere la questione alla Corte di giustizia per suscitare un mutamento di esegesi.

In questa ultima ipotesi, spetterà alla medesima Corte, sollecitata in futuro a precisare la propria giurisprudenza in materia di disapplicazione del giudicato emesso in manifesto contrasto con il diritto comunitario⁵⁹, mantenere ferma la propria rotta, in ossequio al principio della certezza del diritto, senza intaccare il principio di legalità⁶⁰ che le impone l'aderenza alle norme ed allo spirito del Trattato. Infatti, il riconoscimento del principio di certezza del diritto e della legalità, nella categoria dei principi generali del diritto comunitario, ne impone la loro osservanza e la loro cogenza anche rispetto alle stesse istituzioni comunitarie, tra cui la Corte di giustizia.

⁵⁹ L'occasione per la Corte di giustizia di precisare la portata della propria giurisprudenza in materia di giudicato, anche oltre l'ambito materiale degli aiuti di Stato, è stata fornita dalla Corte di cassazione che ha proposto una domanda di rinvio pregiudiziale nella causa n. C-2/08, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, Agenzia dell'entrate c. Fallimento Olimpiclub Srl*, per chiedere se l'opponibilità del giudicato tributario esterno, ai sensi dell'art. 2909 c.c., sia compatibile con il diritto comunitario e, in particolare, con il principio di effettività e con il divieto di abuso di diritto previsto dalle direttive IVA.

⁶⁰ Sulla pluridimensionalità e la natura fluida del principio di legalità nella "Comunità di diritto" si rinvia a A. ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2008, p. 1 ss. ed alla giurisprudenza *ivi* richiamata; v. anche A. ALÌ, *Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 41-96.

I limiti alla retroattività di una sentenza della Corte di giustizia sono imposti solo in via eccezionale e a due condizioni cumulative. In primo luogo, è necessario che esista il rischio di gravi ripercussioni economiche; in secondo luogo, occorre che i singoli e le autorità nazionali siano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa comunitaria in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni comunitarie.

La garanzia della certezza del diritto nell'ordinamento comunitario dipenderà dalla stabilità delle pronunce comunitarie; i cambi di orientamento giurisprudenziale dovrebbero essere circoscritti ad ipotesi eccezionali, per tutelare l'uniformità e la razionalità intrinseca al sistema comunitario e, in via mediata, anche per garantire l'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto comunitario negli ordinamenti giuridici degli Stati membri pur salvaguardando le loro specificità processuali.

Marco Lombardo*

* Dottorando in Diritto dell'Unione europea / Università di Bologna.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA DIRETTIVA RELATIVA A TALUNI ASPETTI GIURIDICI DELLA SOCIETÀ DELL'INFORMAZIONE

Corte di giustizia

Sentenza del 29 gennaio 2008 in causa n. C-275/06

Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España Sau

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Società dell'informazione - Obblighi dei fornitori di servizi - Conservazione e divulgazione di taluni dati relativi al traffico - Obbligo di divulgazione - Limiti - Tutela della riservatezza delle comunicazioni elettroniche - Compatibilità con la tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi - Diritto alla tutela effettiva della proprietà intellettuale.

La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, n. 2000/31/Ce, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («direttiva sul commercio elettronico»), la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001, n. 2001/29/Ce, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 29 aprile 2004, n. 2004/48/Ce, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, e la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002, n. 2002/58/Ce, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), non impongono agli Stati membri, in una situazione come quella oggetto della causa principale, di istituire un obbligo

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

di comunicare dati personali per garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore nel contesto di un procedimento civile. Tuttavia, il diritto comunitario richiede che i detti Stati, in occasione della trasposizione di tali direttive, abbiano cura di fondarsi su un'interpretazione delle medesime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario. Inoltre, in sede di attuazione delle misure di recepimento delle dette direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme a tali direttive, ma anche evitare di fondarsi su un'interpretazione di esse che entri in conflitto con i detti diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto comunitario, come, ad esempio, il principio di proporzionalità¹.

¹ La domanda pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 2000/31/Ce (in *Guce* n. L 178 del 17 luglio 2000, p. 1), della direttiva n. 2001/29/Ce (in *Guce* n. L 167 del 22 giugno 2001, p. 10) e della direttiva n. 2004/48/Ce (in *Guce* n. L 157 del 30 aprile 2004, p. 45) è stata presentata nell'ambito di una controversia tra l'associazione senza scopo di lucro Productores de Música de España (Promusicae) di cui fanno parte produttori ed editori di registrazioni musicali e di registrazioni audiovisive e la Telefónica de España SAU (Telefónica), una società commerciale la cui attività consiste, tra l'altro, nella fornitura di servizi di accesso a *internet*, a causa del rifiuto, da parte di quest'ultima, di comunicare alla Promusicae, che agisce per conto dei titolari di diritti di proprietà intellettuale che ne fanno parte, una serie di dati personali relativi all'utilizzo di *internet* mediante connessioni fornite dalla Telefónica.

In Spagna, ai sensi della legge 11 luglio 2002, n. 34, sui servizi della società dell'informazione e sul commercio elettronico (Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico), i fornitori di servizi di accesso ad *internet* sono tenuti a conservare determinati dati dei singoli utenti per un certo periodo, affinché possano poi essere utilizzati nel contesto di un'indagine penale o quando ciò si renda necessario per la tutela della pubblica sicurezza o quando sia in pericolo la sicurezza nazionale. Un'associazione dei titolari dei diritti di autore intende, con l'ausilio di tali dati, identificare gli utenti che, scambiandosi *file*, hanno violato i diritti d'autore.

La Promusicae si è rivolta al Tribunale commerciale n. 5 di Madrid affinché venisse ingiunto alla Telefónica di rivelare l'identità e l'indirizzo fisico di talune persone alle quali quest'ultima fornisce un servizio di accesso ad *internet* e il cui «indirizzo IP», nonché la data e l'ora di connessione, sono noti. Tali persone, attraverso l'utilizzo di un determinato programma di scambio di archivi, a parere della Promusicae, commettono atti di concorrenza sleale e violano i diritti di proprietà intellettuale.

Il Juzgado de lo Mercantil n. 5 de Madrid ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale al fine di chiarire se le direttive n. 2000/31/Ce, n. 2001/29/Ce e n. 2004/48/Ce, debbano essere interpretate nel senso di imporre agli Stati membri di istituire, per garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore, l'obbligo di comunicare taluni dati personali nel contesto di un procedimento civile.

Innanzitutto, la Corte di giustizia ha osservato come le direttive richiamate siano dirette a far sì che gli Stati membri garantiscano, in particolare nella società dell'informazione, l'effettiva tutela della proprietà intellettuale, e in special modo del diritto d'autore, che la Promusicae rivendica nella causa principale. La Corte di giustizia ha, infine, chiarito che dalle direttive, sopra citate, non risulta un dovere, in capo agli Stati membri, di prevedere, per garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore, l'obbligo di comunicare dati personali sul traffico delle comunicazioni concernenti l'utilizzo di *internet* ai titolari dei diritti di proprietà intellettuale nel contesto di un procedimento civile.

La Corte di giustizia ha sottolineato come gli Stati membri, nel trasporre le direttive, siano tenuti a fondarsi su un'interpretazione di queste ultime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario.

Inoltre, in sede di attuazione delle misure di recepimento di tali direttive, le autorità nazionali e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme alle dette direttive, ma anche provvedere a non fondarsi su un'interpretazione di esse che entri in conflitto con i summenzionati diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto comunitario, come, ad esempio, il principio di proporzionalità.

LA NORMATIVA SVEDESE CHE PREVEDE UNA TASSAZIONE DIVERSA PER IL VINO E PER LA BIRRA NON CONTRASTA CON IL DIRITTO COMUNITARIO

Corte di giustizia

Sentenza dell'8 aprile 2008 in causa n. C-167/05

Commissione delle Comunità europee c. Regno di Svezia

Art. 226 CE - Inadempimento di uno Stato membro - Art. 90, secondo comma, CE - Imposizioni interne che colpiscono prodotti di altri Stati membri - Imposizioni tali da proteggere indirettamente altre produzioni - Divieto di discriminazione tra prodotti importati e prodotti nazionali concorrenti - Accise - Imposizione differenziata della birra e del vino - Onere della prova - Protezione del consumatore.

Come risulta dai dati forniti alla Corte, anche supponendo che le stesse accise previste per la birra forte, e cioè SEK 1,47 per unità percentuale di volume alcolico per litro, siano applicate al vino concorrente, vale a dire un vino contenente il 12,5% di volume alcolico, la diminuzione del prezzo di vendita finale, ivi comprese tutte le tasse, di un litro di vino sarebbe pari a SEK 4,63 (EUR 0,5) ovvero al 6,65%. Malgrado tale diminuzione, il rapporto tra il prezzo finale di vendita, ivi comprese tutte le tasse, della birra forte e di quello del vino in concorrenza con la medesima resterebbe dell'ordine di 1 a 2. Per la precisione, tale rapporto di prezzo di vendita finale sarebbe di 1 a 2,1 contro 1 a 2,3¹.

Il raffronto del rapporto tra i prezzi di vendita di un litro di birra forte e di un litro di vino in concorrenza con la medesima evidenzia quindi che la differenza di prezzo tra questi due prodotti è quasi identica a monte e a valle della tassazione. Pertanto, anche se la differenza esistente tra i rispettivi prezzi di vendita della birra e del vino concorrenti è inferiore a quella constatata dalla Corte nella citata sentenza Commissione c. Belgio, occorre sottolineare che la differenza di prezzo di vendita rilevata nella presente causa è tuttavia tale che la differenza di tassazione tra questi due prodotti non è ido-

nea a influire sul comportamento del consumatore nel settore considerato².

(...) la Commissione non ha dimostrato che, nella specie, la differenza tra i prezzi rispettivi della birra forte, con titolo alcolometrico uguale o superiore al 3,5% di volume alcolico, e del vino della categoria intermedia, in concorrenza con la medesima, sarebbe a tal punto irrilevante che la differenza delle accise applicabili a tali prodotti in Svezia possa influenzare il comportamento del consumatore. (...) l'applicazione del regime di tassazione in esame non risulta aver prodotto l'effetto di proteggere indirettamente la birra svedese, ai sensi dell'art. 90, secondo comma, CE, per il solo fatto che esso implica che il vino, essenzialmente importato da altri Stati membri, è tassato in misura più elevata della birra, prodotto principalmente nazionale³.

¹⁻³ La Commissione delle Comunità europee ha proposto un ricorso ex art. 226 CE nei confronti del Regno di Svezia per far constatare che tale Stato, applicando un sistema di imposizioni interne destinato a proteggere indirettamente la birra, prodotto essenzialmente nazionale, rispetto al vino, prodotto importato da altri Stati membri, ha violato il divieto imposto dall'art. 90, secondo comma, CE.

La Commissione ha osservato che la birra svedese è soggetta ad accise inferiori a quelle del vino. Tale differenza di tassazione influisce sulla scelta del consumatore, in quanto la struttura e le caratteristiche del regime di tassazione in esame potenzerebbero di fatto la preferenza del consumatore svedese per la birra.

La Commissione ha osservato, altresì, che il vino è assoggettato ad accise superiori a quelle della birra e viene anche tassato progressivamente in funzione del suo titolo alcolometrico, in conformità della tabella delle accise prevista all'art. 3, secondo comma, della legge svedese relativa alle accise sugli alcolici. In pratica, su un vino con un tenore alcolometrico del 12,5% in volume alcolico, che la Commissione considera come normale, le accise ammontano a SEK 1,77 per percentuale di volume alcolico, ossia con una maggiorazione di circa il 20% rispetto alle accise sulla birra (SEK 1,47 per percentuale di volume alcolico). Inoltre, la Commissione ha rilevato che il vino è sottoposto a tasse più elevate rispetto alla birra e che la proporzione di tassazione sarebbe più elevata nel prezzo dei vini più venduti (la categoria c.d. intermedia) rispetto al prezzo della birra (cfr. la giurisprudenza richiamata dalla Commissione, sentenze del 12 luglio 1983 in causa n. 170/78, *Commissione c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 1983, p. 2265 e del 27 febbraio 1980 in causa n. 170/78, *Commissione c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 1980, p. 417).

Sul rapporto di concorrenza tra la birra e il vino, la Commissione ha sottolineato come in Svezia esista un rapporto di concorrenza tra la birra forte, prodotto dominante nelle vendite sul mercato svedese, e i vini della categoria c.d. intermedia.

La Corte di giustizia, chiamata ad esaminare la compatibilità del regime fiscale censurato dalla Commissione con l'art. 90, secondo comma del Trattato CE, ha precisato, in primo luogo, in quale misura la birra e il vino possano essere considerati come prodotti concorrenti con riferimento a tale disposizione (cfr. sentenza dell'11 agosto 1995 in cause riunite da n. C-367/93 a n. C-377/93, *Rodgers e a.*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 2229).

Secondo la giurisprudenza della Corte esiste un certo grado di sostituibilità reciproca in quanto sia il vino sia la birra possono soddisfare bisogni identici. La Corte ha, tuttavia, precisato che in considerazione delle grandi differenze di qualità e di prezzo esistenti tra i vini, il rapporto di concorrenza determinante tra la birra, bevanda di largo consumo, e il vino deve essere stabilito con i vini più accessibili al grande pubblico, che sono, generalmente, i più leggeri e i meno cari. È quindi su tale base che deve operare il raffronto fiscale. Infatti, poiché solamente i vini della categoria intermedia presentano caratteristiche comuni con la birra forte, avente un titolo alcolometrico pari o superiore al 3,5% di volume alcolico gli stessi rappresentano un'alternativa di scelta per il consumatore e possono quindi essere considerati in rapporto di concorrenza con la birra forte.

In secondo luogo, la Corte di giustizia ha effettuato il raffronto tra i regimi di tassazione

in funzione del titolo alcolometrico in volume cui sono assoggettati i prodotti in questione, per stabilire l'eventuale differenza di tassazione loro applicata, nonché l'entità di tale difformità.

La Corte ha rilevato come il tenore alcolico costituisca il parametro di valutazione più rilevante, nella specie, poiché in Svezia è considerato la base per la determinazione delle accise (in questo senso, cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi, par. 54 ss.). Orbene, dal raffronto dei livelli di imposizione riguardo alla gradazione alcolica deriva che il vino, in concorrenza con la birra forte, è assoggettato ad una tassazione più elevata rispetto a quella della birra.

La Corte ha quindi verificato se tale onere più elevato sul vino rispetto alla birra forte sia tale da influenzare il mercato svedese, portando così ad una potenziale diminuzione dei consumi dei vini importati a vantaggio dei prodotti nazionali concorrenti. Sul punto, la Corte di giustizia ha rilevato che la Commissione non ha dimostrato che, nella specie, la differenza tra i prezzi rispettivi della birra forte, con titolo alcolometrico uguale o superiore al 3,5% di volume alcolico, e del vino della categoria intermedia, in concorrenza con la medesima, risulti talmente limitata da influenzare il comportamento del consumatore. Ne consegue, e così ha concluso la Corte, che l'applicazione del regime di tassazione svedese non ha determinato l'effetto di proteggere indirettamente la birra svedese, ai sensi dell'art. 90, secondo comma, CE.

L'ITALIA È STATA CONDANNATA PER NON AVER OSSERVATO LA NORMATIVA COMUNITARIA SUGLI APPALTI NELL'AMBITO DI ALCUNE OPERAZIONI DI ACQUISTO DI ELICOTTERI DESTINATI A CORPI MILITARI E CIVILI

Corte di giustizia

Sentenza dell'8 aprile 2008 in causa n. C-337/05

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

Art. 226 CE - Inadempimento di uno Stato - Appalti pubblici di forniture - Direttiva n. 77/62/Cee - Direttiva n. 93/36/Cee - Attribuzione di un appalto pubblico non preceduta dalla pubblicazione di un bando - Assenza di gara - Elicotteri Agusta e Agusta Bell - Sussistenza.

La Repubblica italiana, avendo posto in essere una prassi, esistente da lungo tempo e tuttora seguita, di attribuzione diretta all'Agusta degli appalti per l'acquisto di elicotteri di fabbricazione Agusta e Agusta Bell, destinati a sopperire alle esigenze di diversi corpi militari e civili, al di fuori di qualsiasi procedura di gara e, segnatamente, senza rispettare le procedure previste dalla direttiva del Consiglio del 14 giugno 1993, n. 93/36/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, n. 97/52/Ce, e, in precedenza, previste dalla direttiva del Consiglio del

21 dicembre 1976, n. 77/62/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, come modificata e completata dalla direttiva del Consiglio del 22 luglio 1980, n. 80/767/Cee e dalla direttiva del Consiglio del 22 marzo 1988, n. 88/295/Cee, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tali direttive¹.

¹ La Commissione, previo esaurimento della fase precontenziosa del procedimento (cfr. sentenze del 10 maggio 2001 in causa n. C-152/98, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 3463; del 15 gennaio 2002 in causa n. C-439/99, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 305 e in questa *Rivista*, 2002, p. 261 con commento di S. D'ACUNTO, *La sentenza della Corte di giustizia contro l'Italia in materia di "fiere": un dossier complesso e tuttora aperto*, 2002, p. 269 e del 27 novembre 2003 in causa n. C-185/00, *Commissione c. Finlandia*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14189), ha introdotto contro l'Italia un ricorso ex art. 226 CE per aver aggiudicato senza gara alla ditta Agusta gli appalti di fornitura di elicotteri destinati a far fronte alle necessità di molteplici corpi militari e civili dello Stato italiano. A parere della Commissione, con tale comportamento, l'Italia sarebbe venuta meno agli obblighi previsti dalle direttive comunitarie sugli appalti pubblici, e precisamente: la direttiva n. 93/36/Cee (in *Guce* n. L 199 del 9 agosto 1993, p. 1) e le direttive n. 77/62/Cee (in *Guce* n. L 13 del 15 gennaio 1977, p. 1), n. 80/767/Cee (in *Guce* n. L 215 del 18 agosto 1980, p. 1) e n. 88/295/Cee (in *Guce* n. L 127 del 20 maggio 1988, p. 1).

Nel merito, la Commissione ha rilevato che le flotte dei corpi di Stato interessate sono organizzate esclusivamente con elicotteri di fabbricazione Augusta, e che nessuna flotta è stata acquistata organizzando una procedura di gara a livello comunitario. Tali appalti avrebbero dovuto costituire oggetto di una procedura aperta o di una procedura ristretta, così come previsto all'art. 6 della direttiva n. 93/36/Cee.

La Corte di giustizia ha sottolineato come, nel caso in esame, la direttiva n. 93/36/Cee trovi applicazione in quanto gli importi degli appalti superano il limite previsto dall'art. 5 della direttiva.

La Corte ha poi rilevato come il ricorso alla gara non sia obbligatorio quando, da un lato, l'amministrazione pubblica, come amministrazione aggiudicatrice, eserciti sul soggetto al quale intende aggiudicare l'appalto un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e, dall'altro, quando tale soggetto svolga la parte più importante della propria attività con l'amministrazione che lo controlla (cfr., sul punto le sentenze del 18 novembre 1999 in causa n. C-107/98, *Teckal*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 8121; dell'11 gennaio 2005 in causa n. C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 1 e massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 273; del 13 gennaio 2005 in causa n. C-84/03, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 139; del 10 novembre 2005 in causa n. C-29/04, *Commissione c. Austria*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9705; dell'11 maggio 2006 in causa n. C-340/04, *Carbotermo e Consorzio Alisei*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 4137 e massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 339 e del 19 aprile 2007 in causa n. C-295/05, *Asemfo*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 2999). La società Augusta è una società di diritto privato sin dalla sua costituzione; essa è sempre stata, dal 1974, una società a capitale misto pubblico e privato. Pertanto, lo Stato italiano non può esercitare su tale società un controllo analogo a quello che esercita sui soggetti da esso controllati.

Sulle esigenze legittime di interesse nazionale previste dall'art. 296 CE e dall'art. 2, n. 1, lett. b. della direttiva n. 93/36/Cee invocate dall'Italia al fine di legittimare le circostanze contestate, la Corte di giustizia ha osservato che non può essere giustificato il ricorso alla procedura negoziata per l'acquisto di tali elicotteri. Dalle disposizioni richiamate, infatti, si evince che i prodotti in questione devono essere destinati a fini specificamente militari. Qualora la destinazione dei beni acquistati sia dubbia (l'Italia aveva riconosciuto una finalità militare eventuale), è necessario il rispetto della normativa relativa all'aggiudicazione degli appalti pubblici.

Infine, la Corte di giustizia ha respinto le tesi dell'Italia volte a far valere le esigenze di omogeneità della flotta elicotteristica per giustificare il ricorso alla procedura senza gara. La Corte ha, infatti, rilevato che le deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti

conferiti dal Trattato nel settore degli appalti pubblici devono essere oggetto di un'interpretazione restrittiva (cfr. sentenze del 18 maggio 1995 in causa n. C-57/94, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 1249; del 28 marzo 1996 in causa n. C-318/94, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1949 e del 2 giugno 2005 in causa n. C-394/02, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 4713).

L'amministrazione italiana non ha dimostrato in maniera sufficientemente fondata l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga di cui sopra. Essa non ha indicato sotto quale profilo un cambio di fornitore l'avrebbe costretta a procurarsi un materiale fabbricato secondo una tecnica differente, tale da comportare un'incompatibilità ovvero difficoltà tecniche di uso o di manutenzione sproporzionate. Ne consegue che l'Italia ha violato la normativa comunitaria sugli appalti pubblici.

UN AGENTE IMMOBILIARE CHE DOMANDA IL RICONOSCIMENTO DELLA PROPRIA QUALIFICA PROFESSIONALE È LIBERO DI SCEGLIERE LE MODALITÀ PER OTTENERE TALE RICONOSCIMENTO

Corte di giustizia

Sentenza del 17 aprile 2008 in causa n. C-197/06

Confederatie van Immobiliën-Beroepen van België VZW, Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars c. Willem Van Leuken

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Riconoscimento di diplomi - Direttiva n. 89/48/Cee - Agente immobiliare - Svolgimento della professione in un altro Stato membro - Scelta tra prova attitudinale e tirocinio di adattamento - Limitazioni - Proporzionalità delle misure di compensazione - Conoscenza significativa del diritto.

Gli artt. 3 e 4 della direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1988, n. 89/48/Cee, relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2001, n. 2001/19/Ce, ostano ad una normativa di uno Stato membro che subordini lo svolgimento, sul suo territorio, di attività come quelle di cui trattasi nella causa principale, da parte di un fornitore di servizi stabilito in un altro Stato membro e che si trovi in una situazione identica a quella del convenuto nella causa principale, a un'autorizzazione la cui concessione dipende dal superamento di una prova attitudinale in diritto¹.

¹ Ancora una volta la Corte di giustizia si è trovata ad interpretare la direttiva comunitaria n. 89/48/Cee (in *Guce* n. L 19 del 24 gennaio 1989, p. 16), come modificata dalla direttiva n. 2001/19/Ce (in *Guce* n. L 206 del 31 luglio 2001, p. 1), con riferimento alla professione di agente immobiliare (cfr. sentenze del 7 maggio 1992 in causa n. C-104/91, *Ministe-*

rio Fiscal c. Aguirre Newman S.A., in *Raccolta*, 1992, I, p. 3003 e massimata in questa *Rivista*, 1994, p. 719 e del 25 giugno 1992 in causa n. C-147/91, Procedimento penale a carico di *Michele Ferrer Laderer*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4097 ss. nonché ordinanza del 3 ottobre 2002 in causa n. C-273/01, *Walter Ferro c. Giovanni Santoro*, inedita in *Raccolta*, massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 64).

Il procedimento, dal quale è scaturito il rinvio pregiudiziale, ha ad oggetto il mancato rispetto di un ordine inibitorio intimato con sentenza del presidente del Tribunale di commercio di Hasselt. Tale sentenza è stata ottenuta dalla Confederazione belga degli immobiliareisti (CIB) e dall'Istituto professionale degli agenti immobiliari (BIV) contro il signor Van Leuken, agente immobiliare stabilito nei Paesi Bassi, per contrastare l'esercizio, da parte di quest'ultimo, anche in Belgio, della professione di agente immobiliare. Egli, specializzato nella vendita di beni ubicati in Belgio ad una clientela olandese, aveva stabilito il proprio ufficio in un ex locale doganale alla frontiera tra i Paesi Bassi e il Belgio.

Dopo l'instaurazione del procedimento inibitorio, il signor Van Leuken presentava presso il BIV una domanda per ottenere l'autorizzazione ad esercitare occasionalmente la professione di agente immobiliare sul territorio belga. Il BIV aveva accettato la domanda del ricorrente imponendogli, come condizione preliminare, una prova attitudinale in nove materie giuridiche, non lasciandogli, peraltro, la scelta fra il tirocinio di adattamento e tale prova.

Nonostante la conclusione da parte del signor Van Leuken di un accordo di cooperazione con un agente immobiliare stabilito in Belgio e autorizzato dal BIV, la CIB e la BIV hanno ribadito la loro posizione in proposito. Il giudice del rinvio si è così rivolto alla Corte di giustizia per chiarire se un agente immobiliare stabilito nei Paesi Bassi, che offra in vendita beni immobili ubicati in Belgio, infranga l'ordine inibitorio intimato con sentenza qualora riorganizzi la propria attività professionale in forma di cooperazione con un agente immobiliare belga autorizzato dal BIV.

La Corte di giustizia ha precisato innanzitutto che dall'art. 4, n. 1, lett. b., 3° comma, della direttiva n. 89/48/Cee, si ricava che lo Stato membro ospitante, che impone misure di compensazione deve, generalmente, lasciare al richiedente la scelta tra il tirocinio di adattamento e la prova attitudinale. Tuttavia, con riferimento alle professioni «il cui esercizio richiede una conoscenza precisa del diritto nazionale e nelle quali la consulenza e/o l'assistenza per quanto riguarda il diritto nazionale costituisce un elemento essenziale e costante dell'attività», lo Stato ospitante può disporre un tirocinio di adattamento o un esame attitudinale, derogando così a quanto prescritto dalla direttiva n. 89/48/Cee.

La Corte di giustizia non ha ritenuto che la professione di agente immobiliare rientri nell'ambito di applicazione della deroga, sopra citata. Infatti, la Corte ha osservato che anche un ingegnere civile, un ingegnere agronomo, o un ingegnere tecnico, le cui formazioni non conterebbero insegnamenti giuridici significativi, potrebbero accedere alla professione di agente immobiliare in Belgio (cfr. sentenza del 7 settembre 2006 in causa n. C-149/05, *Price*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 7691).

Infine, sulla proporzionalità delle misure di compensazione la Corte di giustizia, in considerazione della riorganizzazione dell'attività da parte del ricorrente, ha precisato che l'obbligo imposto al signor Van Leuken di sottoporsi a misure di compensazione per quanto riguarda le sue conoscenze del diritto belga va palesemente oltre quanto è necessario per proteggere i destinatari dei servizi contro il rischio di un'assistenza insufficiente relativamente agli aspetti giuridici dell'attività svolta (cfr. sentenza del 19 gennaio 2006 in causa n. C-330/03, *Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 801).

LA CORTE DI GIUSTIZIA CHIARISCE NUOVAMENTE LA NOZIONE DI «GIUDICE NAZIONALE»

Corte di giustizia

Ordinanza del 14 maggio 2008 in causa n. C-109/07

Jonathan Pilato c. Jean-Claude Bourgault

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Nozione di giudice nazionale - Giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE - Incompetenza della Corte.

(...) per valutare se l'organo del rinvio possieda le caratteristiche di una «giurisdizione» ai sensi dell'art. 234 CE, questione unicamente di diritto comunitario, la Corte tiene conto di un insieme di elementi, quali il fondamento legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (...)¹.

La Corte di giustizia delle Comunità europee è manifestamente incompetente a statuire sulle questioni proposte dalla Prud'homie de pêche de Martigues con decisione 17 dicembre 2006².

¹⁻² La domanda pregiudiziale vertente sull'interpretazione e sulla validità dell'art. 11 bis del regolamento Ce n. 894/97 è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il signor Pilato e il signor Bourgault, entrambi proprietari di pescherecci immatricolati presso la Sezione Affari marittimi di Martigues, in merito all'uso, da parte del signor Bourgault, di un dispositivo per la pesca denominato «thonaille», una «rete da posta derivante» il cui uso è vietato ai sensi dell'art. 11 bis del regolamento n. 894/97.

Il signor Pilato, ritenendo che la cattura da parte del signor Bourgault di quindici esemplari di tonno rosso con un dispositivo di pesca vietato gli avesse arrecato un danno, in quanto è stato immesso sul mercato del pesce pescato con strumenti illeciti e a costi inferiori a quelli sostenuti per catture effettuate in regolari condizioni, ha chiesto alla Prud'homie de pêche de Martigues di pronunciarsi in merito al risarcimento del danno sofferto a causa della concorrenza sleale praticata dal signor Bourgault. Tale organo si è rivolto alla Corte di giustizia la quale *in primis* si è pronunciata sulla natura giurisdizionale dell'organo del rinvio.

La Corte ha osservato come il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione delle Comunità europee si siano soffermati ad analizzare tale natura mettendo in luce, in particolare, le condizioni di revoca dei probiviri pescatori, il contenuto del loro giuramento, nonché il fatto che la Prud'homie svolge talune sue funzioni sotto l'autorità del commissario all'Iscrizione marittima. Per contro, secondo il Governo francese tale organo possiede tutti i requisiti prescritti dall'art. 234 CE. Tuttavia, a parere della Corte, secondo una propria costante giurisprudenza, per verificare se l'organo del rinvio abbia tutte le caratteristiche prescritte dall'art. 234 CE, occorre valutare tutta una serie di elementi, quali il fondamento legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche, nonché la sua indipendenza (cfr. sulla natura giurisdizionale dell'organo, sentenze del 17 settembre 1997 in causa n. C-54/96, *Dorsch Consult*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4961 e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 185; del 31 maggio 2005 in causa n. C-53/03, *Syfait e a.*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 4609 e massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 473 e del 14 giugno 2007 in causa n. C-246/05, *Häupl*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 4673). La Corte di giustizia, soffermandosi, in particolare, sul requisito dell'indipendenza dell'organo, ha osservato come la giurisprudenza esiga che i casi di revoca dei membri dell'organo in questione siano determinati da espressioni

disposizioni di legge (cfr., in tal senso, sentenze del 4 febbraio 1999 in causa n. C-103/97, *Köllensperger e Atzwanger*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 551 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 485 e del 30 maggio 2002 in causa C-516/99, *Schmid*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 4573).

Orbene, secondo la Corte di giustizia, i probiviri pescatori sono sottoposti, almeno per talune delle loro attività, ad una tutela amministrativa, svolgono una serie di funzioni «sotto l'autorità del commissario all'Iscrizione marittima»; prestano un giuramento con il quale affermano di conformarsi agli ordini impartiti dai superiori; possono essere revocati dal direttore dell'Iscrizione marittima dopo una mera indagine. Ne consegue che la *Prud'homie de pêche de Martigues* non soddisfacendo la condizione relativa all'indipendenza dell'organo di rinvio non può essere considerata una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE.

IL VERSAMENTO DI UNA PENSIONE DI INVALIDITÀ DA PARTE DI UNO STATO MEMBRO ALLE VITTIME CIVILI DELLA GUERRA O DELLA REPRESSIONE NON PUÒ ESSERE NEGATO SE IL BENEFICIARIO È RESIDENTE IN UN ALTRO STATO MEMBRO

Corte di giustizia

Sentenza del 22 maggio 2008 in causa n. C-499/06

Halina Nerkowska c. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie

Art. 18, n. 1, CE - Cittadinanza dell'Unione - Pensione d'invalidità concessa alle vittime civili della guerra o della repressione - Requisito di residenza nel territorio nazionale - Assegno alle vittime di guerra e delle sue conseguenze concesso da uno Stato membro - Contrasto.

L'art. 18, n. 1, CE deve essere interpretato nel senso che osta a una legislazione di uno Stato membro in forza della quale quest'ultimo neghi ai suoi cittadini, in generale e in ogni caso, il versamento di una prestazione concessa alle vittime civili della guerra o della repressione per la sola ragione che essi non risiedono durante tutto il periodo di versamento di tale prestazione nel territorio di detto Stato, bensì in quello di un altro Stato membro¹.

¹ Ancora una volta la Corte di giustizia si pronuncia sull'ammissibilità del requisito della residenza imposto ai beneficiari di una prestazione sociale prevista dalla normativa di uno Stato membro.

Nella presente causa, la Corte di giustizia è stata adita in via pregiudiziale dal Tribunale distrettuale di Koszalin (Polonia) per far accertare se contrasti con le norme sulla cittadinanza europea una normativa nazionale che subordini il versamento di una pensione di invalidità per incapacità lavorativa alla condizione che l'avente diritto risieda nel territorio della Repubblica di Polonia.

La controversia ha visto contrapposti, da un lato, la signora Halina Nerkowska e, dall'altro lato, l'istituto di previdenza sociale, ufficio di Koszalin. La ricorrente è nata nel 1946 nel territorio dell'attuale Bielorussia e, all'età di tre anni, ha perso i genitori che furono deporta-

ti in Siberia. Nel 1951 è stata deportata anch'essa nell'URSS dove visse in condizioni difficili. Nel 1957 ritornò in Polonia e, nel 1985, si stabilì in Germania.

Nel 2002 veniva riconosciuto alla ricorrente un diritto alla pensione di invalidità per la sua incapacità parziale di lavoro dovuta al suo soggiorno in luoghi di isolamento. Tuttavia, il versamento delle prestazioni veniva sospeso nel 2003, in quanto residente all'estero.

La ricorrente, in seguito al rigetto di una nuova domanda per ottenere il versamento delle prestazioni, ha adito il tribunale distrettuale di Koszalin il quale si è rivolto alla Corte di giustizia per conoscere se il diritto riconosciuto in base all'art. 18 del Trattato CE possa ostacolare l'applicazione di una normativa nazionale che condiziona il versamento delle prestazioni, concesse alle vittime civili o di guerra, alla residenza dell'avente diritto nel territorio nazionale.

La Corte di giustizia ha, innanzitutto, osservato che la pensione d'invalidità richiesta dalla ricorrente non costituisce una prestazione di previdenza sociale e, quindi, rientra nella competenza degli Stati membri fissarne le condizioni per la concessione.

La ricorrente nella causa principale aveva stabilito la propria residenza in Germania e aveva esercitato il diritto riconosciuto dall'art. 18, n. 1, CE (cfr. sentenze del 15 marzo 2005 in causa n. C-209/03, *Bidar*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 2119 e massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 283 e del 12 luglio 2005 in causa n. C-403/03, *Schempp*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 6421). Il diniego del versamento della pensione d'invalidità concessa alla signora Nerowska è dipeso, a parere della Corte di giustizia, soltanto dal fatto che quest'ultima aveva stabilito la propria residenza in Germania. Ne consegue che subordinare il pagamento di una pensione d'invalidità alla residenza nello Stato membro che concede la prestazione contrasta con la normativa comunitaria. Infatti, una normativa nazionale che svantaggia i cittadini nazionali per il solo fatto di aver esercitato la loro libertà di circolare e di soggiornare in un altro Stato membro rappresenta una restrizione delle libertà riconosciute a tutti i cittadini dell'Unione dall'art. 18, n. 1, CE (cfr. sentenze del 18 luglio 2006 in causa n. C-406/04, *De Cuyper*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6947 e massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 537 e del 26 ottobre 2006 in causa n. C-192/05, *Tas-Hagen e Tas*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 10451). Tuttavia, le restrizioni contenute nella normativa polacca possono essere giustificate solo se basate su considerazioni oggettive di interesse generale, indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate. La normativa polacca controversa contiene chiaramente l'obbligo di solidarietà previsto per le vittime civili della guerra o della repressione, alle sole persone che presentano un nesso di collegamento con il popolo polacco. Orbene, secondo la Corte di giustizia, tale circostanza appare, da un lato, giustificata da considerazioni oggettive di interesse generale, ma, dall'altro lato è sproporzionata rispetto allo scopo perseguito.

La Corte ha, perciò, concluso nel senso che la necessità di una residenza durante tutto il periodo del versamento di tale prestazione deve essere considerata sproporzionata in quanto va oltre ciò che è necessario per garantire un collegamento tra lo Stato e il beneficiario della prestazione.

IL DIRITTO ALLA LIBERA CIRCOLAZIONE PUÒ ESSERE LIMITATO SOLAMENTE NEL RISPETTO DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

Corte di giustizia

Sentenza del 10 luglio 2008 in causa n. C-33/07

Ministerul Administrației și Internelor - Direcția Generală de Pașapoarte București c. Gheorghe Jipa

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Cittadinanza dell'Unione - Art. 18 CE - Direttiva 2004/38/Ce - Diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri - Situazione illegale - Minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società - Ordine pubblico e pubblica sicurezza - Limitazione consentita.

Gli artt. 18 CE e 27 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, n. 2004/38/Ce, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento Cee n. 1612/68 ed abroga le direttive n. 64/221/Cee, n. 68/360/Cee, n. 72/194/Cee, n. 73/148/Cee, n. 75/34/Cee, n. 75/35/Cee, n. 90/364/Cee, n. 90/365/Cee e n. 93/96/Cee, non ostano a una normativa nazionale che consente di limitare il diritto di un cittadino di uno Stato membro di recarsi nel territorio di un altro Stato membro, in particolare perché è stato precedentemente rimpatriato da quest'ultimo in quanto vi si trovava in «situazione illegale», a condizione che, da una parte, il comportamento personale di tale cittadino costituisca una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società e, dall'altra, il provvedimento restrittivo che si intende adottare sia idoneo a garantire la realizzazione dell'obiettivo che persegue e non ecceda quanto necessario per conseguire tale obiettivo. Spetta al giudice del rinvio accertare se nella causa dinanzi ad esso pendente la situazione si presenti in questi termini¹.

¹ La questione pregiudiziale, sottoposta alla Corte ai sensi dell'art. 234 CE, sull'interpretazione delle disposizioni sulla cittadinanza europea e dell'art. 27 della direttiva n. 2004/38/Ce (in *Guce* n. L 158 del 30 aprile 2004, p. 77) è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il Ministero dell'Amministrazione e degli Interni - Direzione generale dei passaporti di Bucarest (di seguito denominato: il Ministero) e il signor Jipa Gheorghe relativamente alla richiesta, da parte del primo, di un provvedimento di restrizione dell'esercizio del diritto alla libera circolazione all'estero del signor Jipa per un periodo fino a tre anni. Il signor Jipa lasciava la Romania per recarsi in Belgio il 10 settembre 2006. Il 26 novembre dello stesso anno veniva rimpatriato in Romania dalle autorità belghe a causa del suo soggiorno illegale, in virtù dell'accordo relativo alla riammissione delle persone che si trovano in situazioni illegali.

Il Tribunale di Dâmbovița, adito dal Ministero, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte alcune questioni pregiudiziali. In particolare, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se la normativa rumena, che consente di limitare fino a tre anni l'esercizio della libertà di circolazione all'estero dei cittadini qualora tali soggetti siano stati rimpatriati in Romania in forza di un accordo di riammissione, contrasti con la normativa comunitaria.

Sul punto, la Corte di giustizia ha osservato che il signor Jipa, in quanto cittadino rumeno, è anche cittadino dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 17, n. 1, CE e può dunque godere, anche nei confronti del proprio Stato membro d'origine, del diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, ai sensi dell'art. 18 CE (cfr. sentenze del 20 settembre 2001 in causa n. C-184/99, *Grzelczyk*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6193 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 696; del 26 ottobre 2006 in causa n. C-192/05, *Tas-Hagen*

e *Tas*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 10451; del 23 ottobre 2007 in cause riunite n. C-11/06 e n. C-12/06, *Morgan e Bucher*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 9161 e massimata in questa *Rivista*, 2008, p. 94). Infatti, le libertà fondamentali garantite dal Trattato CE sarebbero compromesse nell'ipotesi in cui lo Stato membro d'origine, senza una valida giustificazione, vietasse ai propri cittadini di lasciare il territorio per entrare nel territorio di un altro Stato membro (cfr. sentenze del 27 settembre 1988 in causa n. 81/87, *Daily Mail and General Trust*, in *Raccolta*, 1988, p. 5483 e in questa *Rivista*, 1990, p. 43 con commento di F. CAPELLI, *Trasferimento della sede amministrativa di società nella Cee: diritto di stabilimento e problematiche fiscali*, 1990, p. 50 ss.; del 14 luglio 1994 in causa n. C-379/92, *Peralta*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3453 e del 15 dicembre 1995 in causa n. C-415/93, *Bosman*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4921 e in questa *Rivista*, 1996, p. 311 con commento di I. TELCHINI, *Il caso Bosman: diritto comunitario e attività calcistica*, p. 323 ss.).

La Corte di giustizia ha osservato, altresì, che tale diritto non è incondizionato in quanto può essere subordinato alle limitazioni previste dal Trattato (cfr. sentenze dell'11 aprile 2000 in causa n. C-356/98, *Kaba*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 2623; del 6 marzo 2003 in causa n. C-466/00, *Kaba*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 2219 e del 10 aprile 2008 in causa n. C-398/06, *Commissione c. Paesi Bassi*, non ancora pubblicata in *Raccolta*): gli Stati membri possono infatti limitare la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione o dei loro familiari per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza (cfr. art. 27, n. 1, della direttiva). Tuttavia, le esigenze che giustificano una deroga devono essere oggetto di un'interpretazione restrittiva e le relative misure nazionali devono essere sempre prese sotto il controllo delle istituzioni comunitarie (cfr., in proposito, sentenze del 28 ottobre 1975 in causa n. 36/75, *Rutili*, in *Raccolta*, p. 1219 e in questa *Rivista*, 1976, p. 124 ss.; del 27 ottobre 1977 in causa n. 30/77, *Bouchereau*, in *Raccolta*, 1977, p. 1999 e in questa *Rivista*, 1978, p. 73 ss.; del 14 marzo 2000 in causa n. C-54/99, *Eglise de scientologie*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 1335 e del 14 ottobre 2004 in causa n. C-36/02, *Omega*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 9609 e massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 87).

In sostanza, i provvedimenti adottati per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza possono essere giustificati esclusivamente se fondati sul comportamento personale della persona nei riguardi della quale vengono applicati, mentre giustificazioni estranee al caso individuale o attinenti a ragioni di prevenzione generale non possono essere prese in considerazione.

Ne consegue, e così ha concluso la Corte di giustizia, che la normativa rumena non contrasta con il diritto comunitario. È consentito, pertanto, limitare il diritto di un cittadino di recarsi nel territorio di un altro Stato membro a causa della sua situazione illegale. Tuttavia, nel caso di specie, affinché la limitazione possa essere consentita, il giudice del rinvio deve verificare che il comportamento personale del signor Jipa costituisca una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società e, dall'altra, che il provvedimento restrittivo da adottare sia adeguato a garantire la realizzazione dell'obiettivo che persegue e non ecceda quanto necessario per conseguire tale obiettivo.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

**LO STATO NON È RESPONSABILE NEI CONFRONTI
DEI SINGOLI DEI DANNI CAUSATI DAI C.D. «ATTI POLITICI»
ATTUATIVI DELLA PROPRIA POLITICA ESTERA ED ESCLUSI
DAL CONTROLLO GIURISDIZIONALE**

**Corte europea dei diritti dell'uomo (GC)
Sentenza del 14 dicembre 2006 sul ricorso n. 1398/03***

Marković and others v. Italy

Artt. 1, 6, 19 e 35 CEDU - Esaurimento dei ricorsi interni - Azione di responsabilità per eventi extraterritoriali - Sussistenza della giurisdizione dello Stato - Diritto di accesso ad un giudice - Ambito di applicazione delle garanzie dell'art. 6 - Interpretazione e applicazione del diritto nazionale - Restrizioni legittime - Ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo - Sussidiarietà del meccanismo di ricorsi alla Corte - Atto politico - Diritto ad una decisione nel merito.

Il diritto di accesso ad un giudice inerisce alle garanzie previste dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), anche se la Corte di Strasburgo non può attraverso la propria attività interpretativa creare un diritto sostanziale privo di base giuridica nell'ordinamento dello Stato convenuto. Inoltre, tale diritto non è assoluto ma può essere soggetto a legittime restrizioni che non violano l'art. 6 se esse perseguono scopi legittimi e sussiste un congruo rapporto di proporzionalità tra gli strumenti utilizzati e il fine

* Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.echr.coe.int. In argomento v. *infra*, p. 517 ss., il commento di *CLAUDIO DI TURI*.

perseguito. La Corte di cassazione italiana non ha erroneamente interpretato il I Protocollo addizionale dell'8 giugno 1977 alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 che stabilisce diritti ed obblighi esclusivamente tra gli Stati contraenti. Non rappresenta una forma di immunità la dottrina dell'atto politico applicata dalla Cassazione italiana: tali atti, infatti, non incidendo su posizioni giuridiche soggettive non danno luogo a pretese risarcitorie ove dalla loro attuazione consegua un danno individuale. Nel caso di specie, sono atti di natura politica gli atti di guerra, sottratti al sindacato giurisdizionale in quanto espressione di attività che, per loro natura, non sono tali da poter essere invocate dinanzi un giudice.

(Omissis) **In diritto**

92. The right of access to a court at issue in the present case is derived from Article 6 and was established in the *Golder v. the United Kingdom* judgment (21 February 1975, Series A no. 18, pp. 13-18, §§ 28-36), in which the Court established, by reference to the principles of the rule of law and the avoidance of arbitrary power underlying much of the Convention, that the right of access to a court was an inherent aspect of the safeguards enshrined in Article 6. Thus, Article 6 § 1 secures to everyone the right to have a claim relating to his civil rights and obligations brought before a court.

93. The Court refers to its constant case-law to the effect that "Article 6 § 1 extends only to 'contentious' (disputes) over (civil) 'rights and obligations' which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law; it does not itself guarantee any particular content for (civil) 'rights and obligations' in the substantive law of the Contracting States" (see *James and Others v. the United Kingdom*, judgment of 21 February 1986, Series A no. 98, pp. 46-47, § 81; *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, judgment of 8 July 1986, Series A no. 102, p. 70, § 192; and *The Holy Monasteries v. Greece*, judgment of 9 December 1994, Series A no. 301-A, pp. 36-37, § 80). The Court may not create by way of interpretation of Article 6 § 1 a substantive right which has no legal basis in the State concerned (*Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, §§ 116-117, ECHR 2005 X). It will however apply to disputes of a "genuine and serious nature" concerning the actual existence of the right as well as to the scope or manner in which it is exercised (see *Bentham v. the Netherlands*, judgment of 23 October 1985, Series A no. 97, pp. 14-15, § 32; and *Z and Others*, cited above, § 87).

94. The distinction between substantive limitations and procedural bars determines the applicability and, as the case may be, the scope of the guarantees under Article 6. The fact that the particular circumstances of, and complaints made in, a case may render it unnecessary to draw the distinction between substantive limitations and procedural bars (see, among other authorities, *A. v. the United Kingdom*, no. 35373/97, § 65, ECHR 2002 X) does not affect the scope of Article 6 of the Convention which can, in principle, have no application to substantive limitations on the right existing under domestic law.

95. In assessing therefore whether there is a civil "right" and in determining the

substantive or procedural characterisation to be given to the impugned restriction, the starting point must be the provisions of the relevant domestic law and their interpretation by the domestic courts (*Masson and Van Zon v. the Netherlands*, judgment of 28 September 1995, Series A no. 327-A, p. 19, § 49). Where, moreover, the superior national courts have analysed in a comprehensive and convincing manner the precise nature of the impugned restriction, on the basis of the relevant Convention case-law and principles drawn therefrom, this Court would need strong reasons to differ from the conclusion reached by those courts by substituting its own views for those of the national courts on a question of interpretation of domestic law (*Z and Others*, judgment cited above, § 101) and by finding, contrary to their view, that there was arguably a right recognised by domestic law.

96. Finally, in carrying out this assessment, it is necessary to look beyond the appearances and the language used and to concentrate on the realities of the situation (*Van Droogenbroeck v. Belgium*, judgment of 24 June 1982, Series A no. 50, § 38). The Court must not be unduly influenced by, for example, the legislative techniques used (see *Fayed*, judgment cited above, § 67) or by the labels put on the relevant restriction in domestic law: the oft-used word "immunity" can mean an "immunity from liability" (in principle, a substantive limitation) or an "immunity from suit" (suggestive of a procedural limitation) (see *Roche*, judgment cited above, §§ 119-121).

97. Nevertheless, it would not be consistent with the rule of law in a democratic society or with the basic principle underlying Article 6 § 1 – namely that civil claims must be capable of being submitted to a judge for adjudication – if, for example, a State could, without restraint or control by the Convention enforcement bodies, remove from the jurisdiction of the courts a whole range of civil claims or confer immunities from civil liability on large groups or categories of persons (see *Fayed*, judgment cited above, pp. 49-50, § 65).

98. Article 6 § 1 may also be relied on by "anyone who considers that an interference with the exercise of one of his (civil) rights is unlawful and complains that he has not had the possibility of submitting that claim to a tribunal meeting the requirements of Article 6 § 1" (see *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, p. 20, § 44). Where there is a serious and genuine dispute as to the lawfulness of such an interference, going either to the very existence or the scope of the asserted civil right, Article 6 § 1 entitles the individual "to have this question of domestic law determined by a tribunal" (*Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, judgment of 23 September 1982, Series A no. 52, p. 30, § 81; see also *Tre Traktörer AB v. Sweden*, judgment of 7 July 1989, Series A no. 159, p. 18, § 40).

99. The right is not absolute, however. It may be subject to legitimate restrictions such as statutory limitation periods, security for costs orders, regulations concerning minors and persons of unsound mind (see *Stubbings and Others v. the United Kingdom*, judgment of 22 October 1996, Reports 1996-IV, pp. 1502-1503, §§ 51-52; *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, judgment of 13 July 1995, Series A no. 316-B, pp. 80-81, §§ 62-67; and *Golder*, judgment cited above, p. 19, § 39). Where the individual's access is limited either by operation of law or in fact, the Court will examine whether the limitation imposed impaired the essence of the right and, in particular, whether it pursued a legitimate aim and there was a reasonable re-

relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved (*Ashingdane v. the United Kingdom*, judgment of 28 May 1985, Series A no. 93, pp. 24-25, § 57). If the restriction is compatible with these principles, no violation of Article 6 will arise (*Z and Others*, judgment cited above, §§ 92-93).

(*Omissis*)

INSINDACABILITÀ DEGLI ATTI DI NATURA POLITICA E TUTELA DELLE VITTIME DEI CONFLITTI ARMATI INTERNAZIONALI: LA SENTENZA *MARKOVIĆ* DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Sommario: *Introduzione - 1. L'ordinanza della Corte di cassazione italiana - 1.1 Considerazioni sulla pronuncia della Suprema Corte: la ritenuta insindacabilità degli atti connessi all'esercizio di una funzione politica - 1.1.2 La natura non self-executing del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra e delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo - 2. Il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo: la fase procedurale - 3. La fase di merito: il problema della violazione dell'art. 6, par. 1 - 4. Diritto di accesso al giudice, insindacabilità degli atti di natura politica e tutela delle vittime dei conflitti armati internazionali: considerazioni de lege lata e de lege ferenda - 5. Conclusioni.*

Introduzione

La sentenza *Marković*¹, emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera) in relazione ad eventi bellici occorsi durante il conflitto che nel 1999 oppose la NATO all'allora Repubblica federale di Jugoslavia, si segnala per l'importanza delle questioni affrontate e le soluzioni accolte che non mancano tuttavia di destare perplessità in ordine a specifici profili. Colpisce in particolare l'assenza, nel percorso logico della Corte, di un robusto *iter* argomentativo che definisca chiaramente il contenuto e i limiti da stabilire rispetto ai c.d. «atti politici»². La pronuncia, inoltre, pone sul tappeto questioni

¹ *Marković and others v. Italy*, 14 dicembre 2006 (ric. n. 1398/03). Il testo della pronuncia, così come quello delle altre che verranno citate, è reperibile sul sito ufficiale della Corte di Strasburgo (www.echr.coe.int). La decisione è accompagnata da una opinione concorrente del giudice Costa, da una opinione concorrente del giudice Bratza con cui concorda il giudice Rozakis e da una opinione dissenziente del giudice Žagrebelsky condivisa dai giudici Zupančić, Jungwiert, Tsatsa-Nikolovska, Ugrekhelidze, Kovler, Thór Björgvinsson. Per un conciso esame del loro contenuto, v. *infra*, par. 4.

² In argomento cfr., in generale, P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 220 ss.; G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Atto politico e atto di governo*, in *Enc. giur.*, I, Roma, Treccani, 1988; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2003, 4ª ed., p. 121 ss.; A. ROTTOLA, *Controllo giurisdizionale e atti politici nel diritto dell'Unione europea e nel diritto interno in materia internazionale*, Bari, Cacucci, 2001, 1ª ed.

che non possono essere approfondite in questa sede, circa l'attuale portata del diritto ad un giudice³ in rapporto alla problematica dell'immunità dalla giurisdizione, nonché l'esistenza o meno di un diritto individuale al risarcimento del danno conseguente alla violazione di norme di diritto internazionale umanitario (o sui diritti dell'uomo) da tempo oggetto di dibattito in importanti *fora* intergovernativi⁴ e non⁵ anche nel quadro di una lettura innovativa di talune disposizioni del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato approvato dalla Commissione di diritto internazionale⁶. A riguardo, è utile però precisare sin d'ora che il panorama giurisprudenziale resta ancora incerto. Se, per un verso, alcune Corti nazionali di ultima istanza hanno aperto spiragli in favore del riconoscimento in capo al singolo di un tale diritto anche in caso di crimini di guerra superando il tradizionale ostacolo rappre-

³ Cfr., sul punto, F. FRANCIONI, *The Rights of Access to Justice under Customary International Law*, in F. FRANCIONI (a cura di), *Access to Justice as Human Right*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 1ª ed., p. 3 ss. La disponibilità di un rimedio giurisdizionale effettivo in caso di violazione da parte di uno Stato di una norma in materia di diritti umani costituisce una componente essenziale della tutela accordata all'individuo sul piano internazionale, ed è prevista da numerosi strumenti internazionali dal differente contenuto normativo: v., tra gli altri, gli artt. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; 14, comma 1 del Patto internazionale sui diritti civili e politici; 6, comma 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi: CEDU); 8 e 25 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo; 7, comma 1 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli; 47, comma 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Peraltro, il diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo nei termini di diritto ad un giudice non esclude l'esistenza di rimedi forniti da autorità non giurisdizionali (e che, quindi, difettano del requisito dell'indipendenza) che siano, tuttavia, competenti ad amministrare la giustizia in modo altrettanto imparziale: cfr. ad es. gli artt. 2, comma 3 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e 13 della CEDU. Il diritto ad un rimedio giurisdizionale non rientra comunque tra i diritti rispetto ai quali alcuna deroga statale in caso di guerra o di pericolo pubblico eccezionale che minacci la vita della nazione è consentita (cfr. ad esempio gli artt. 15 della CEDU e 4 del *Covenant* sui diritti civili e politici).

⁴ Cfr. la risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU 60/147, 16 dicembre 2005, contenente i *Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law*. Il documento è successivo all'approvazione da parte della Commissione ONU per i diritti umani dell'omonimo rapporto (E/CN.4/2005/L.48, del 13 aprile 2005) che ha costituito il punto di approdo del lavoro intrapreso nel 1993 dall'allora Relatore speciale per la Sotto-Commissione sulla Prevenzione della Discriminazione e la Protezione delle Minoranze Nazionali Van Boven sul diritto alla *restitutio*, risarcimento e riabilitazione delle vittime di gravi violazioni dei diritti umani e delle libertà fondamentali (Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, del 2 luglio 1993), e proseguito con la presentazione di un rapporto da parte del nuovo relatore speciale C. BASSIOUNI (*Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law*, Doc. E/CN.4/2000/62, del 18-1-2000). Sul contenuto della risoluzione, v. più diffusamente *infra*, par. 4.

⁵ Nel maggio 2003, l'*International Law Association* ha creato un comitato *ad hoc* sul tema "Compensation for victims of war" allo scopo di adottare una Dichiarazione sui principi di diritto internazionale in materia. Al Comitato è stato conferito il mandato «to review the law of war and human rights with a view to focussing on the rights of victims of war to compensation (...) [since] innocent civilians are often casualties during armed conflicts, whether or not intentionally targeted». I lavori del Comitato sono stati preceduti da un rapporto preparatorio (2004), un rapporto interinale e due *papers* (2006) redatti da R. HOFMANN (*Do Victims of Violations of International Humanitarian Law have an Individual Right to Reparation?*) e da S. FURUYA (*State Immunity: an Impediment to Compensation Litigation*), consultabili sul sito www.ila-hq.org.

⁶ Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10).

sentato dall'immunità dalla giurisdizione (casi *Ferrini*⁷, *Distomo*⁸), per altro

⁷ Corte cass., SS. UU., sentenza 11 marzo 2004, n. 5044, *Ferrini c. Repubblica federale di Germania* (reperibile, come le altre sentenze che verranno citate, in *Archivio delle Massime civili della Corte di cassazione* CED Database). La vicenda processuale traeva origine dalla deportazione nel corso della seconda guerra mondiale nella Germania nazista di un cittadino italiano, che veniva successivamente destinato ai lavori forzati in una fabbrica del Reich tedesco. Riformando le pronunce di merito, la Suprema Corte ha negato allo Stato convenuto l'immunità dalla giurisdizione italiana apportando in tal modo una consistente limitazione al diritto di ogni Stato di avvalersi di tale prerogativa per tutti gli atti *iure imperii*, affermato in precedenza da Corte cass., SS. UU., sentenza 3 agosto 2000, n. 530, *Presidenza del Consiglio dei Ministri e altri c. Federazione italiana lavoratori trasporti e altri; Stati Uniti d'America c. Federazione italiana lavoratori trasporti e altri*. Nette sono, infatti, le affermazioni della Corte circa il fatto che «in tema di responsabilità da fatti illeciti, la prassi va evolvendosi verso l'adozione di un criterio diverso da quello fondato sulla distinzione tra atti *iure imperii* e *iure gestionis*» ritenuto inadeguato a risolvere tali controversie (par. 10.1). Il fulcro del ragionamento seguito dalla Suprema Corte è consistito nella risoluzione della «antinomia» tra la norma che tutela l'immunità e le disposizioni che proteggono la dignità umana in favore di queste ultime. Secondo la Corte, infatti, «il rispetto dei diritti inviolabili della persona umana ha (...) assunto, ormai, il valore di principio fondamentale dell'ordinamento internazionale (...) e l'emersione di tale principio non può non riflettersi sulla portata degli altri principi ai quali tale ordinamento è tradizionalmente ispirato e, in particolare, di quello sulla sovrana uguaglianza degli Stati, cui si ricollega il riconoscimento della immunità statale dalla giurisdizione civile straniera» (par. 9.2). Deve essere precisato, tuttavia, che le norme sui diritti dell'uomo cui la Corte di cassazione fa riferimento sono quelle di natura *cogente*, derivanti da «comportamenti che (...) assumono connotati di estrema gravità configurandosi (...) quali crimini internazionali, in quanto lesivi di valori universali» (par. 7): rispetto a tali misfatti, il riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione in favore degli Stati che li abbiano commessi «ostacola la tutela di valori, la cui protezione è da considerare (...) essenziale per la comunità internazionale» (par. 9.1). Non è possibile soffermarsi sui numerosi profili di interesse che la sentenza suscita, soprattutto per quanto riguarda la ricostruzione operata da un giudice interno delle norme dello *jus cogens* internazionale, nonché i margini di cui tale giudice dispone per disapplicare la regola, fermamente stabilita nel diritto internazionale generale, dell'immunità statale al fine di tutelare valori incorporati nel diritto imperativo con la eventuale, conseguente affermazione di responsabilità in capo a quello Stato che dovesse non riconoscere tale prerogativa. Cfr., in dottrina, P. DE SENA - F. DE VITTOR, *State Immunity and Human Rights: the Italian Supreme Court Decision on the Ferrini case*, in *Eur. J. Int'l Law*, 2005, p. 89 ss.; A. GATTINI, *War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 224; A. BIANCHI, *Italian Court of Cassation Ruling on Immunity from Suit for Damages for Deportation and Forced Labor during World War II*, in *Am. J. Int'l L.* 2005, p. 242 ss.; C. FOCARELLI, *Denying Foreign State Immunity for Commission of International Crimes: the Ferrini Decision*, in *Int'l & Comp. L. Q.*, 2005, p. 224 ss.; M. IOVANE, *The Ferrini Judgment of the Italian Supreme Court: Opening up Domestic Courts to Claims of Reparation for Victims of Serious Violations of Fundamental Human Rights*, in *Italian Yearbook of International Law [IYIL]*, 2004, p. 165 ss.; A. GIANELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 643 ss.; N. RONZITTI, *Un cambio di orientamento della Cassazione che favorisce i risarcimenti delle vittime*, in *Guida al Diritto*, 10 aprile 2004, p. 38 ss.; R. BARATTA, *L'esercizio della giurisdizione civile sullo Stato straniero autore di un crimine di guerra*, in *Giust. civ.*, 2004, p. 1200 ss.

⁸ Cfr. la pronuncia della Corte Suprema greca, 4 maggio 2000, n. 11/2000, *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, in *Am. J. Int'l L.*, 2001, p. 198 ss., con nota di M. GAVOUNELI - I. BANTEKAS. A seguito di un'azione civile intrapresa nei confronti della Repubblica federale tedesca e mirante ad ottenere un risarcimento pecuniario in favore di parenti di vittime di rappresaglie compiute dall'esercito tedesco durante la seconda guerra mondiale, la Suprema Corte greca respingeva l'eccezione del Governo tedesco basata sull'immunità giurisdizionale richiamando la Convenzione europea sull'immunità degli Stati (1972), il cui art. 11 (ritenuto espressione del diritto consuetudinario) esclude la possibilità per lo Stato di invocare l'immunità in caso di illecito commesso nello Stato del foro da parte di un organo presente al momento dell'azione o dell'omissione, a nulla rilevando il carattere *jure imperii* o *jure gestionis* di essa. Tuttavia, deve essere ricordato che l'art. 31 della stessa Convenzione fa salvi «immunities or privileges enjoyed by a Contracting State in respect of anything done by, or in relation to, its armed forces when on the territory of another Contracting State». In dottrina, cfr. A. GATTINI, *To What Extent are State Immunity and Non-Justiciability Major Hurdles to Individuals' Claims for War Damages?*, in *Journal of Interna-*

verso la prevalenza di tale prerogativa è costantemente ribadita sia da parte di altri tribunali interni⁹ che dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁰.

Come si vedrà, l'assenza di una esplicita presa di posizione da parte della Corte di Strasburgo su tali profili ha di fatto contribuito al consolidamento della prassi giurisprudenziale che esclude la possibilità di riconoscere in capo all'individuo, nell'attuale fase di sviluppo del diritto internazionale, posizioni giuridiche soggettive del tipo evocato.

1. L'ordinanza della Corte di cassazione italiana

Sul piano giudiziario, le operazioni belliche condotte da alcuni membri della NATO contro la Repubblica federale di Jugoslavia nel 1999 hanno già formato oggetto di valutazione in diversi *fora* internazionali. Oltre alla decisione di inammissibilità del ricorso nel noto caso *Bankovic*¹¹, che ha consentito alla Corte di Strasburgo di non pronunciarsi nel merito sulla legittimità del bombardamento quale atto di guerra rispetto alla possibilità di configurare un'eventuale deroga al diritto alla vita garantito dall'art. 2 della CEDU¹², me-

tional Criminal Justice, 2003, 348 ss.; ID., *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2003, 1ª ed., p. 655 ss.; A. BIANCHI, *Sovranità dello Stato, giudice interno e gravi violazioni dei diritti dell'uomo*, *Ragion pratica*, 2002, p. 27 ss.

⁹ Cfr. la recente decisione della *House of Lords* britannica, 14 giugno 2006, *Jones v. Ministry of Interior for The Kingdom of Saudi Arabia & others*, in www.bailii.org, su cui, in dottrina, C. FOCARELLI, *I limiti dello jus cogens nella giurisprudenza più recente*, in *Riv. dir. int.*, 2007, p. 637 ss.

¹⁰ Si vedano i casi *Al-Adsani v. United Kingdom*, 21 novembre 2001, (ric. n. 35763/97), in *Riv. dir. int.*, 2002, 404 ss.; *Kalogeropoulou et als. v. Greece and Germany*, 12 dicembre 2002, (ric. n. 59021/00). Nel caso *Kalogeropoulou*, originato dalla mancata autorizzazione da parte del Ministero della giustizia greco a consentire il soddisfacimento delle pretese delle vittime del caso *Voiotia* su beni tedeschi anche non destinati ad una pubblica funzione, la Corte dichiarò inammissibile il ricorso sostenendo che essa «ne juge pas établi qu'il soit déjà admis en droit international que les Etats ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages intérêts pour des crimes contre l'humanité qui sont introduites sur le sol d'un autre Etat». Nel caso *Al-Adsani*, non volendo probabilmente escludere la possibilità di un'evoluzione normativa successiva, la Corte ha affermato (a maggioranza) che essa «while noting the growing recognition of the overriding importance of the prohibition of torture does not accordingly find it established that there is as yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages for alleged torture committed outside the forum State».

¹¹ *Bankovic and others v. Belgium and others*, 12 dicembre 2001 (ric. n. 52207/99). I ricorrenti, congiunti di individui deceduti nel corso delle medesime operazioni aeree che hanno originato la fattispecie in commento, sostenendo che per effetto dei *raid* aerei alleati essi erano stati attratti nella giurisdizione degli Stati membri ex art. 1 CEDU, avevano domandato alla Corte di accertare la violazione degli artt. 2 (diritto alla vita), 10 (diritto alla libertà di espressione) e 13 (diritto ad un ricorso effettivo) e concedere loro una equa soddisfazione.

¹² Com'è noto, la Corte ha posto a fondamento della propria decisione la nozione di giurisdizione nazionale, ricostruita alla luce della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (art. 31, par. 1; par. 3, lett. b. e c.) e art. 32), sì da attribuire ad essa una portata «primarily territorial» (par. 59). In tal modo, pur potendosi ammettere, in diritto internazionale, «a State's exercise of jurisdiction extra-territorially», il titolo di esercizio delle relative competenze «[is] exceptional and requiring special justification in the particular circumstances of each case» (par. 61). Per la Corte, la CEDU è destinata ad operare in «an essentially regional context and notably in the legal space (*espace juridique*) of the Contracting States», in cui non rientra il territorio della Jugoslavia, Stato

ritano di essere menzionati i tentativi intrapresi dinanzi alla Corte internazionale di giustizia¹³ e al Tribunale internazionale per i crimini commessi nella ex Jugoslavia¹⁴.

Quanto ai procedimenti instaurati all'interno dei Paesi membri dell'Alleanza atlantica, di particolare rilievo è l'ordinanza con cui la Corte di cassazione italiana si è pronunciata in seguito all'atto di citazione per danni ex art. 2043 c.c. nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero della difesa e del Comando delle Forze alleate dell'Europa meridionale (AFSOUTH) depositato presso il Tribunale di Roma da parte di alcuni congiunti di vittime dei bombardamenti alla radiotelevisione serba. Alla corte di merito i ricorrenti avevano domandato di dichiarare la responsabilità dello Stato italiano per avere deliberatamente¹⁵ adoperato mezzi di conduzione delle ostilità non consentiti dall'art. 174 del c.p. militare di guerra, che proibisce l'impiego di mezzi bellici vietati dalla legge e dal diritto internazionale umanitario¹⁶, in particola-

non contraente. Pertanto, poiché la CEDU «was not designed to be applied throughout the world», la necessità di evitare una lacuna nel sistema di tutela dei diritti umani predisposto dalla CEDU è soddisfatta «establishing jurisdiction only when the territory in question was one that, but for the specific circumstances, would normally be covered by the Convention» (par. 80). In dottrina, sul caso *Bankovic*, cfr. P. PUSTORINO, *Responsabilità degli Stati parti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per il bombardamento NATO alla Radio Televisione serba: il caso Bankovic*, in *La Comunità internazionale*, 2002, p. 697 ss.; P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2002, 1ª ed., p. 139.

¹³ Mi riferisco alle ordinanze con cui la Corte internazionale di giustizia, dichiarandosi incompetente, ha respinto la richiesta avanzata da quello Stato nell'ambito di una procedura instaurata contro alcuni membri dell'Alleanza di ottenere misure cautelari volte ad ottenere la cessazione delle ostilità. Per quanto riguarda l'Italia, ad esempio, v. *Legality of use of force (Yugoslavia c. Italy)* Provisional Measures, Order of 2 June 1999, *I.C.J. Reports* 1999, p. 481 ed alla successiva pronuncia con cui la Corte ha dichiarato il difetto d'interesse ad agire della Repubblica federale di Jugoslavia, su cui cfr. P. BEKKER - J. LEVINE - F. WEINACHT, *The World Court Dismisses Serbia and Montenegro's Complaints Against Eight NATO Members*, in www.asil.org.insights, (dicembre 2004).

¹⁴ Com'è noto, la speciale Commissione designata dal Procuratore incaricata di valutare il rilievo delle condotte dei membri degli equipaggi aerei coinvolti nei *raid* ha raccomandato di non intraprendere alcun procedimento penale nei confronti di tali soggetti. V. il *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia*, in *International Legal Materials [ILM]*, 2000, p. 1257 ss.

¹⁵ I ricorrenti, pertanto, escludevano che il decesso dei loro congiunti potesse essere qualificato come danno collaterale in rapporto all'azione bellica, in conseguenza di un errore occorso nella scelta di un obiettivo militare. Cfr. pure il rapporto di Amnesty International *Nato/Federal Republic of Yugoslavia. "Collateral Damage" or Unlawful Killings? Violations of the Laws of War by NATO Forces During Operation Allied Force*, doc. EUR 70/018/2000, 6 giugno 2000, par. 2 in cui si sostiene che «collateral damage is unintentional damage or incidental damage affecting facilities, equipment or personnel occurring as a result of military actions directed against a targeted enemy forces of facilities. Such damage can occur to friendly, neutral, and even enemy forces» (par. 2, nota 6).

¹⁶ Pur non potendo soffermarci su una trattazione di questo insieme di norme, è utile rammentare che il diritto internazionale umanitario è stato tradizionalmente distinto in un "diritto dell'Aja" (le cui norme mirano a limitare o proibire specifiche condotte belliche) e in un "diritto di Ginevra" (che tutela la condizione delle vittime dei conflitti armati, ossia non combattenti, e persone che non prendono più parte alle ostilità). Sul punto, v. la decisione del Tribunale penale per la ex Jugoslavia *Prosecutor v. Delalic et als.* IT-96-21, 20 febbraio 2001, par. 131 ss. Tale suddivisione, tuttavia, sarebbe stata superata con l'adozione dei primi due Protocolli addizionali alle Convenzioni di Ginevra del 1949. Nel parere consultivo 8 luglio 1996, relativo alla *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, in *ICJ Reports*, 1996, p. 226, par. 75, la Corte internazionale di giustizia ha infatti sostenuto che «These two branches of the law applicable in armed conflict have become so

re dal I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali¹⁷, ed invocando

closely interrelated that they are considered to have gradually formed one single complex system, known today as international humanitarian law. The provisions of the Additional Protocols of 1977 give expression and attest the unity and complexity of that law». Nello stesso parere, la Corte ha pure sostenuto, in riferimento alla natura giuridica delle norme di diritto internazionale umanitario, che «a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and "elementary considerations of humanity" (...) that the Hague and Geneva Conventions have enjoyed a broad accession (...) these rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law» (par. 79); e più recentemente, nel parere 9 luglio 2004 sulle *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, in *ICJ Reports*, 2004, 136 ss., essa ha aggiunto che «these rules incorporate obligations which are essentially of an *erga omnes* character» (par. 158). Diversamente, quanto al I Protocollo relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali, nel parere sulla liceità della minaccia o dell'uso dell'arma nucleare la Corte ha affermato che «all States are bound by those rules in Additional Protocol I which, when adopted, were merely the expression of the preexisting customary law, such as the Martens clause, reaffirmed in the first article of the Additional Protocol I» (par. 84). Di grande rilievo sono pure le affermazioni contenute nella decisione resa dal Tribunale penale internazionale per i crimini commessi nella ex Jugoslavia nel caso Kupreškić (IT-95-16, 14 gennaio 2000), secondo cui «la plupart des normes du droit international humanitaire, notamment celles qui prohibent les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide, sont des normes impératives du droit international ou *jus cogens*, c'est-à-dire qu'elles sont impérieuses et qu'on ne saurait y déroger» (par. 520). Una prospettiva simile è quella adottata dalla Commissione di diritto internazionale, che nel commento all'art. 40 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato riferendosi alla qualificazione operata dalla Corte internazionale di giustizia delle «basic rules of international humanitarian law applicable in armed conflict as "intransgressible"», ha ritenuto appropriato «to treat these as peremptory» (p. 284). Sul rapporto tra diritto internazionale umanitario e *jus cogens*, v. L. CONDORELLI, *Le droit international humanitaire ou de l'exploration par la Cour d'une terra a peu près incognita pour elle*, in L. BOISSON DE CHAZOURNES - P. SANDS (a cura di), *International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 1^a ed., p. 229 ss. Per questo A., in particolare, le norme del diritto internazionale umanitario tendono a «s'éloigner de la logique de la réciprocité (...) [car elles sont à] respecter en toutes circonstances», cfr. L. CONDORELLI, *Responsabilité étatique et responsabilité individuelle pour violation graves du droit international humanitaire: quelques remarques à propos du rejet du principe tu quoque dans le jugement Kupreskic du tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie*, in L. C. VOHRAH - F. POCAR (cur.), *Man's Inhumanity to Man, Essays of International law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague, Kluwer Law, 2003, 1^a ed., p. 211 ss. Pure utile è rinviare ancora ai citati pareri consultivi della Corte sulla legittimità della minaccia o dell'uso dell'arma nucleare (par. 25) e sulla costruzione del muro nei territori palestinesi (par. 106) per una disamina dei rapporti esistenti tra il diritto internazionale umanitario ed i diritti dell'uomo. Sul punto v. pure F. LATTANZI, *Il confine tra diritto internazionale umanitario e diritti dell'uomo*, in *Studi di Diritto internazionale in onore di G. Arangio-Ruiz*, III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, 1^a ed., p. 985 ss.

¹⁷ In 1125 *United Nations Treaty Series* 3. Veniva, in particolare, allegata la violazione degli artt. 35 (*Basic rules*: «in any armed conflict, the right of the Parties to the conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited (...)); 48 (*Basic rule*: «in order to ensure respect for and protection of the civilian population (...) the Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives»); 51 (*Protection of the Civilian Population*: «The civilian population and individual civilians shall enjoy general protection against dangers arising from military operations (...) indiscriminate attacks [that is] which are not directed at a specific military objective are prohibited (...)); 79 (che protegge la figura del giornalista, assimilandolo alla popolazione civile, secondo la definizione contenuta nell'art. 50, par. 1 del Protocollo). Si noti che la Corte internazionale di giustizia, nel citato parere sulla legittimità della minaccia o dell'uso dell'arma nucleare ha sostenuto che «the conduct of military operations is governed by a body of legal prescriptions. This is so because the right of belligerents to adopt means of injuring the enemy is not unlimited (...))» (par. 77), e ammettendo l'esistenza di «cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of humanitarian law», ne ha enunciato uno che mira «at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes

l'art. 91 del Protocollo¹⁸ quale base giuridica idonea a legittimare la richiesta di risarcimento. Secondo i ricorrenti, i fatti illeciti erano da imputare all'Italia sulla base dell'art. 6 c.p., poiché l'Italia aveva contribuito in qualità di membro della NATO all'ideazione e attuazione delle dette modalità offensive e l'azione aveva preso origine dal suo territorio; e per questi motivi, doveva pure trovare applicazione l'art. VIII, par. 5, della Convenzione di Londra conclusa tra i membri dell'Alleanza atlantica¹⁹.

Costituitesi in giudizio, le Amministrazioni dello Stato eccepivano il difetto di giurisdizione, e l'AFSOUTH la carenza di giurisdizione del giudice italiano²⁰: in particolare, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ed il Ministero della difesa presentavano istanza di regolamento preventivo di giurisdizione al fine di ottenere dalle Sezioni unite della Corte di cassazione una declaratoria di inammissibilità del ricorso sulla base di una duplice argomentazione. Anzitutto, data la distinzione tra "Stato-amministrazione" e "Stato-comunità", si può ritenere sussistente la giurisdizione rispetto ad atti statali solo qualora essi siano stati posti in essere dallo "Stato-amministrazione", rispetto al quale il giudice si pone in posizione di terzietà. Per loro natura, invece gli atti adottati dallo "Stato-comunità" sono sindacabili solo dal giudice internazionale, qualora lo Stato vi abbia esplicitamente consentito. A tale argomentazione, gli attori obiettavano che le decisioni relative all'avvio e alla conduzione di ostilità belliche sono per loro natura ascrivibili allo Stato-apparato, e incontrano comunque il limite del rispetto del diritto internazionale umanitario la cui violazione consente ai singoli che patiscono un pregiudizio il diritto di ricorso di fronte ai tribunali statali. La Procura generale presso la Corte di cassazione chiedeva che fosse dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario ritenendo sulla base di precedenti ben stabiliti che la questione pro-

the distinction between combatants and non-combatants» (par. 78). L'esistenza di tale principio è stata confermata da una Camera del Tribunale penale per l'ex Jugoslavia che ha affermato quanto segue: «the rule that the civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack, is a fundamental rule of international humanitarian law applicable to all armed conflicts». ICTY, case IT-95-11-R61, *Prosecutor v. Martić*, 8 marzo 1996 (par. 10).

¹⁸ La disposizione recita: «A Party to the conflict which violates the provisions of the Conventions or of this Protocol shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces». La norma riproduce quasi *verbatim* l'art. 3 della *Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land*, The Hague, 18 ottobre 1907, in www.icrc.org.

¹⁹ *London Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty Regarding the Status of Their Forces*, 19 giugno 1951, in www.nato.int. La norma recita: «Claims (...) arising out of acts or omissions of members of a force (...) done in the performance of official duty, or out of any other act, omission or occurrence for which a force (...) is legally responsible, and causing damage in the territory of the receiving States to third parties other than any of the Contracting Parties, shall be dealt with by the receiving State». L'Italia ha provveduto a ratificare il trattato con l. n. 1335 del 30 novembre 1985.

²⁰ Successivamente alla rinuncia degli attori (15 dicembre 2000), agli atti del procedimento nei confronti dell'AFSOUTH, questo veniva dichiarato estinto nei suoi confronti.

spettata, relativa alla tutela di diritti soggettivi, non rilevasse della giurisdizione ma del merito²¹.

Le Sezioni unite della Suprema Corte accoglievano l'istanza di regolamento di giurisdizione affermando essere «questione di giurisdizione (...) anche quella su cui si deve statuire che ogni giudice difetta di giurisdizione» e desumendo la natura preliminare della questione dall'art. 382, 2° comma, del c.p.c. nonché attraverso un rinvio ad un proprio precedente specifico²².

La Suprema Corte di cassazione respingeva gli argomenti a fondamento della domanda di risarcimento danni, facendo ricorso a tre distinte argomentazioni. In primo luogo, nessun atto di governo relativo alla scelta delle modalità di conduzione di ostilità di tipo bellico, che nel caso di specie attenevano alla guerra aerea, è soggetto a sindacato giurisdizionale del giudice ordinario, poiché essi «costituiscono manifestazione di una funzione politica», che la Costituzione ha provveduto ad attribuire ad organi direttamente previsti da essa in modo da «non potersi configurare (...) una situazione d'interesse protetto a che gli atti in cui si manifesta assumano o non assumano un determinato contenuto»²³.

Di grande rilievo erano, poi, le affermazioni della Corte di cassazione circa la natura di alcune norme di diritto internazionale umanitario, contenute nel I Protocollo addizionale²⁴ e nella CEDU²⁵, relative alla condotta delle ostilità soprattutto con riferimento alla loro idoneità ad essere eventualmente invocate dai singoli nei giudizi interni. Secondo la Corte, pur mirando a tutelare la popolazione civile dagli attacchi, le disposizioni in parola disciplinano essenzialmente rapporti interstatuali e sono contenute in trattati che prevedono specifiche modalità per accertarne le violazioni e comminare sanzioni da par-

²¹ Cfr. Corte cass., SS. UU., sentenza 17 dicembre 1999, n. 903, *Neri c. Università degli Studi di Napoli Federico II*, in cui si afferma che «[l]e questioni inerenti all'esistenza nell'ordinamento di norme o principi che astrattamente contemplino e tutelino la posizione di diritto soggettivo fatta valere in giudizio attengono (...) al fondamento nel merito della domanda e non alla giurisdizione (...) e ciò anche quando sia evidente la carenza di una posizione soggettiva tutelabile nei confronti della Pubblica Amministrazione».

²² Ordinanza 5 giugno 2002, n. 8157, riprodotta in *Riv. dir. int.*, 2002, p. 799 ss. Il precedente citato nel testo si riferisce a Corte cass., sent. 9 gennaio 1978, n. 53. In dottrina è stato tuttavia osservato come la Corte di cassazione abbia evitato il riferimento a proprie pronunce successive all'unico precedente citato, in cui eccezioni assimilabili a quella del tipo ora in esame erano state ritenute appartenenti al merito, ed in quanto tali destinate ad essere giudicate dalle Corti presso le quali il ricorso è stato introdotto. Cfr. M. FRULLI, *When Are States Liable towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The Marković Case*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 406 ss. Secondo l'A., la soluzione accolta dalla Corte si pone in netto contrasto con il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, garantito nell'ordinamento italiano dalla presenza di tre gradi di giudizio.

²³ V. il par. 2 dell'ordinanza della Corte.

²⁴ Si tratta degli artt. 35, comma 2 (*Basic Rules*); 48 (*Basic Rule*), 49 (*Definition of Attacks and Scope of Application*), 51 (*Protection of the Civilian Population*), 52 (*General Protection of Civilian Objects*), 57 (*Precautions in Attack*).

²⁵ Art. 2 (Diritto alla vita) e 15, comma 2 (Deroga in stato d'urgenza).

te di Corti internazionali. Di ostacolo alla loro invocabilità da parte dei singoli, nell'ambito di procedimenti di natura risarcitoria, vi sarebbe l'ulteriore constatazione dell'inesistenza – nelle leggi d'attuazione sul piano interno di quei trattati – di norme che esplicitamente attribuiscono ai privati il diritto di domandare riparazione per i danni sofferti in conseguenza della loro violazione; né, per altra via, sarebbe possibile desumere implicitamente una tale posizione giuridica soggettiva dal mero fatto dell'esecuzione nell'ordinamento interno delle norme internazionali, non essendo configurabile alcuna pretesa giuridica utilmente azionabile in giudizio rispetto ad atti espressione di attività d'indirizzo politico e quindi insindacabili. A conferma della propria argomentazione, la Corte citava la legge n. 89 del 24 marzo 2001 (c.d. legge Pinto) espressamente emanata allo scopo di prevedere un apposito rimedio in favore dei singoli in caso di danni subiti in conseguenza della violazione dell'art. 6 della CEDU, che sancisce il diritto ad un processo equo.

Infine, risultava inapplicabile al caso di specie la Convenzione di Londra del 1951 non essendo la Repubblica federale di Jugoslavia Stato contraente, e non potendosi dunque considerare «Stato ospitante» ai sensi dell'art. VIII, par. 5, di tale accordo. Se quest'ultimo punto non suscita difficoltà interpretative, ben diversi sono gli altri due argomenti con cui la Corte accoglieva la difesa delle Amministrazioni convenute, che riguarda l'insindacabilità giurisdizionale di atti connessi all'esercizio della funzione politica e la natura non *self-executing* delle norme del I Protocollo addizionale nonché della CEDU.

1.1 Considerazioni sulla pronuncia della Suprema Corte: la ritenuta insindacabilità degli atti connessi all'esercizio di una funzione politica

L'ordinanza della Suprema Corte italiana non è esente da alcune valutazioni critiche che è utile esprimere poiché esse possono in parte formularsi, *mutatis mutandis*, anche rispetto alla sentenza della Corte europea (v. *infra*, par. 5).

Il primo profilo problematico dell'ordinanza riguarda la nozione ed il contenuto della teoria dell'«atto politico» (o «atto di governo»), variamente riconosciuta ed applicata anche in sistemi giuridici diversi da quello italiano²⁶, ed in base alla quale atti imputabili alla Pubblica amministrazione e posti in essere allo scopo di tutelare fondamentali interessi dello Stato sfuggirebbero allo scrutinio giurisdizionale anche se la loro attuazione comporta la compressione

²⁶ Circa la prassi della giurisprudenza italiana, v. B. CONFORTI - P. PICONE (a cura di), *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale pubblico*, I, Repertorio 1960-1987, Napoli, Jovene, 1988, 1^a ed., p. 127-130; P. PICONE (a cura di), *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale pubblico*, II, Repertorio 1987-1997, Napoli, Jovene, 1997, 1^a ed., p. 175-180 e Id., *Intervento all'incontro Il giudice interno e il diritto internazionale*, in *La Comunità internazionale*, 1998, p. 9 ss.

di diritti tutelati dalla Costituzione²⁷. Tale limitazione sarebbe ammissibile poiché la Carta fondamentale appronta diverse tipologie di controllo sulla legittimità di atti posti in essere dal potere politico²⁸. In Italia, riconducibili alla categoria *de qua* sarebbero gli atti espressione di politica estera, quali la stipulazione di trattati internazionali²⁹, gli atti di guerra³⁰, gli atti di autotutela internazionale³¹ e l'adempimento a risoluzioni delle Nazioni Unite³². Tutti questi atti giustificherebbero un vero e proprio *self-restraint* da parte delle Corti interne rispetto alla loro cognizione compatibile, in linea di principio, con la separazione dei poteri cui è normalmente informata l'organizzazione costituzionale degli Stati democratici³³.

Per quanto ampia, la categoria degli atti in questione sarebbe tuttavia soggetta a limiti quanto alla loro concreta attuazione: secondo una risoluzione adottata dall'*Institut de droit international* (art. 2), «national courts, when called upon to adjudicate a question related to the exercise of executive power, should not decline their competence on the basis of the political nature of the question if such exercise of power is subject to a rule of international law»³⁴. Risultano pertanto condivisibili le argomentazioni di chi ritiene neces-

²⁷ Così, ad es., P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, cit. supra, nota 2, p. 221 per il quale tali atti configurano altrettanti «limiti all'esercizio delle situazioni soggettive attive anche se garantite dalla Costituzione».

²⁸ In argomento, cfr. A. PIZZORUSSO, *Controlli. III) Controlli costituzionali*, in *Enc. giur.*, III, Roma, Treccani, 1989.

²⁹ Così N. RONZITTI, *Azioni belliche e risarcimento del danno*, in *Riv. dir. int.*, 2002, p. 682 ss.

³⁰ V. P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 2001, 1ª ed., p. 280 ss. Cfr. pure R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2003, 4ª ed., 204 ss. con riferimento a tali atti e alla guerra nel Kosovo.

³¹ Per questa tesi, v. G. C. BRUNO, *Danni collaterali» nella guerra giusta ai confini dell'impero. Alcune riflessioni sul caso Marković*, in *Scritti in ricordo di G. Motzo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, 1ª ed., p. 77 ss.

³² Come rilevato da M. FRULLI, *When Are States Liable*, cit. supra, nota 22, p. 410.

³³ *Contra*, L. CONDORELLI, *Acts of the Italian Government in International Matters before Domestic Courts*, in *Italian Yearbook of International Law [IYIL]*, 1976, p. 178 ss., secondo cui «there is no reason for conceding that the government may (...) accomplish unhindered what is forbidden by international law (...) when acts of government turn out to be prejudicial to individual rights (...) there is no ground for the complex system of judicial safeguards not being applicable to them».

³⁴ "The Activities of National Judges and the International Relations of their State", in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 65, II, Paris, Pedone, 1994, p. 318 ss. La risoluzione è stata adottata sulla base di alcuni rapporti presentati dal relatore speciale Conforti. Cfr. il *Preliminary Report*, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 65-I, Paris, Pedone, 1993, p. 328 ss. in cui si afferma che: «[it is necessary] to deal with a certain number of obstacles that may be met by the national judge in applying an international norm (...) and that therefore concern the role of the judge with respect to international law on the whole: such obstacles may be grouped together under the categories of "political question" (...) in order to refuse to decide, either as a principal question or an incidental question, whether the conduct of the Executive of their State is or is not contrary to international law (...) the "acte de gouvernement" doctrine has been for a long time in various areas of domestic public law, an obstacle to full submission of the public administration to the law. The obstacle has by now been almost completely eliminated with regard to all aspects of executive action except foreign policy (...) one needs to wage the same battle against the political question doctrine applied to the international conduct of the executive (...) to conclude, we can say that the exception based on the political question is not capable of preventing the national judge from re-

sario, quanto alle modalità di condotta delle ostilità, «vincola[ne] la scelta (...) alla liceità del mezzo o metodo (...) prescelto»³⁵, distinguendo «between the general decision to participate in military operations and (...) single military actions subsequently undertaken as a follow-up to that decision»³⁶: la natura esecutiva di tali operazioni, non esclude il sindacato giurisdizionale qualora la loro attuazione comporti la violazione di diritti costituzionalmente garantiti, quali il diritto agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi, ex art. 24 Cost.³⁷. Più in generale, è stato auspicato come la progressiva erosione dei limiti al sindacato giurisdizionale rispetto ad atti di governo destinati a spiegare efficacia nel solo ordinamento interno, si estenda anche alle attività esterne e segnatamente a quegli ambiti in cui esistano obblighi internazionali in materia di diritti dell'uomo³⁸ consentendo di invocare la responsabilità internazionale dello Stato in caso di una loro violazione.

La CEDU dovrebbe quindi assumere, in questa concezione, la funzione di vero e proprio parametro di verifica della legittimità del ricorso alla teoria dell'«atto politico» rispetto all'osservanza di proprie disposizioni³⁹, quali ad es. l'art. 13 che attribuisce all'individuo il diritto di ricorso effettivo dinanzi ad un'istanza nazionale, anche qualora l'eventuale violazione sia stata commessa «da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali» (ult. cpv.). Sembra infatti pacifico che l'art. 13 si applichi anche agli illeciti originati dall'attuazione di atti di natura politica, con la conseguenza che uno Stato convenuto di fronte alla Corte di Strasburgo non potrà invocare la teoria dell'«atto di governo» per escludere la giurisdizione della Corte rispetto ad essi⁴⁰.

viewing the conduct of the executive when there exists a precise international obligation to be respected and when the Executive's conduct has not been validly authorized by the Legislative branch». Cfr. pure il *Provisional Report*, ivi, 371 ss. e il *Final Report*, ivi 428 ss. in cui l'A., con riferimento agli atti in questione ha proposto l'adozione di una risoluzione il cui art. 2, par. 1, recita: «national courts called upon to adjudicate a question related to the conduct of the Executive, should not refuse to exercise their competence on the basis of the political nature of the question if the conduct of the Executive is subject to a rule of international law».

³⁵ N. RONZITTI, *Azioni belliche*, cit. supra, nota 29, p. 685.

³⁶ M. FRULLI, *When Are States Liable*, cit. supra, nota 22, p. 411.

³⁷ Cfr. pure, in tal senso, le *Observations of the Italian Government* nel citato caso *Bankovic*, in M. FRULLI, *When Are States Liable*, loc. cit., p. 413: «a declaration of war (...) could be considered a political act. The conclusion might be (...) different in respect of a specific action pursuant to the declaration of war or taken within the framework of the military operation as a whole (...) the Italian law would certainly rule the proceedings in Italy, both as to the procedure and as to the merits».

³⁸ Per questa tesi, v. B. CONFORTI, *National Courts and the International Law of Human Rights*, in B. CONFORTI - F. FRANCONI (a cura di), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, The Hague, Kluwer Law, 1997, 1ª ed., p. 3 ss.

³⁹ Si veda, in tal senso, N. RONZITTI, *Compensation for Violations of the Law of War and Individual Claims*, in *Italian Yearbook of International Law [IYIL]*, 2002, p. 41 ss. e ID. *Access to Justice and Compensation for Violations of the Laws of War*, in F. FRANCONI (cur.), *Access to Justice as Human Right*, cit. supra, nota 3, p. 95 ss.

⁴⁰ Per questa tesi, v. A. PERTICI - R. ROMBOLI *Art. 13*, in S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, 1ª ed., p. 377 ss. («l'art. 13 dovrebbe essere applicato anche agli atti ritenuti, nel diritto interno, non suscettibili di ricorso contenzioso»).

1.1.2 La natura non *self-executing* del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra e delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Secondo la Corte di cassazione, tanto le norme del I Protocollo addizionale sulla condotta delle ostilità, quanto quelle contenute nella CEDU relative al diritto alla vita e all'ammissibilità di deroghe (artt. 2 e 15) «hanno come oggetto la protezione dei civili in caso di attacchi, ma in quanto norme di diritto internazionale regolano rapporti tra Stati» (par. 3). La natura non *self-executing* di tali disposizioni è desunta dall'esistenza, in seno ai trattati che le prevedono, di «procedimenti per accertar[ne] le violazioni, preved[endo] le sanzioni in caso di responsabilità, [e] indicand[o] le Corti internazionali competenti ad affermarla» (*ivi*). Per i supremi giudici, la normativa interna di attuazione non attribuisce ai singoli situazioni giuridiche soggettive idonee a legittimarli a domandare riparazione dei danni subiti in caso di violazione delle norme internazionali; né, peraltro, un tale diritto potrebbe essere stato implicitamente introdotto nell'ordinamento italiano in conseguenza dell'ordine di esecuzione.

Con riferimento al I Protocollo, le affermazioni della Corte di cassazione sembrano situarsi nel solco dell'interpretazione tradizionale di queste disposizioni e possono essere accolte con tranquillità⁴¹. Viceversa, è in relazione alle norme contenute nella CEDU che la posizione della Corte non risulta del tutto convincente. A sostegno della propria tesi, essa afferma infatti che «per assicurare nell'ambito dell'ordinamento interno una riparazione per il pregiudizio risentito in conseguenza della violazione di norme della Convenzione, con riguardo all'art. 6 ed a proposito del mancato rispetto del termine di ragionevole durata del processo, si è provveduto con apposita legge (la legge 24 marzo 2001, n. 89)» (c.d. legge Pinto).

È opportuno precisare anzitutto che la legge Pinto, lungi dal rappresentare *a contrario* la prova dell'assenza di carattere *self-executing* della CEDU, costituisce unicamente un rimedio ulteriore, di carattere straordinario, contemplato dall'ordinamento giuridico italiano allo scopo di evitare che il man-

⁴¹ Secondo N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, Giappichelli, 2006, 3ª ed., p. 222 «le violazioni di cui (...) all'art. 91 del I Protocollo addizionale (...) sarebbero difficilmente invocabili di fronte ad un tribunale interno (...) [che] disciplina i rapporti interstatali e non conferisc[e] situazioni giuridiche soggettive agli individui. Non sono pertanto norme *self-executing*». Questo A., tuttavia, è recentemente tornato sul problema del carattere *self-executing* delle norme contenute del diritto internazionale umanitario, e con riferimento agli artt. 3 della IV Convenzione dell'Aja e 91 del I Protocollo, ha sostenuto che «even though IHL (international humanitarian law) has an inter-state character and does not give rights and duties to individuals, a provision of IHL, once implemented in the domestic legal order can have a self-executing nature. This means that the provision in question grants rights (and duties) to individuals. Even if it is not possible to construe an individual right to compensation within the international legal order, such a right could conceivably be construed within the domestic legal order». Cfr. *Access to Justice*, cit. *supra*, nota 39, p. 110. Sul problema della diretta applicabilità di tali disposizioni, si tornerà più diffusamente nei par. 4 e 5 del testo.

cato rispetto dell'obbligo di garantire una ragionevole durata dei procedimenti giudiziari comporti l'obbligo di versare una equa soddisfazione alla parte lesa ex art. 41⁴². Peraltro, la valutazione della Corte di cassazione circa l'asserito carattere non *self-executing* degli artt. 2 e 15 della CEDU non può estendersi alla CEDU nel suo insieme, come sembra invece trasparire dalla pronuncia: senza volersi addentrare in complesse indagini circa l'accertamento della natura *self-executing* di disposizioni contenute in strumenti pattizi attraverso le regole sull'interpretazione contenute nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati e sulla diretta applicabilità degli accordi internazionali negli ordinamenti interni basti osservare come la Corte di cassazione disattenda la propria precedente giurisprudenza: com'è noto, essa ha infatti sostenuto che le disposizioni della CEDU «non sono meramente programmatiche ed impongono agli Stati contraenti veri e propri obblighi giuridici immediatamente vincolanti e una volta introdotte nell'ordinamento statale interno sono fonte di diritti ed obblighi per tutti i soggetti»⁴³.

2. Il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo: la fase procedurale

Successivamente all'ordinanza della Corte di cassazione che estingueva il procedimento dinanzi al Tribunale di Roma, i ricorrenti decidevano di adire (dicembre 2002) la Corte europea al fine di ottenere una pronuncia che accertasse la violazione degli artt. 1, 2, 6, 10, 13 e 17 della CEDU. In seguito (aprile 2005) una Camera della prima sezione devolveva la giurisdizione ex art. 30

⁴² Così N. RONZITTI, *Azioni belliche*, cit. *supra*, nota 29, p. 689.

⁴³ *Galeotti Ottieri della Ciaja c. Ministero delle finanze*, sentenza 8 luglio 1998, n. 6672. Sulla sentenza, v. la nota di C. PITEA in *Journal du droit international [JDI]*, 2006, p. 1029 ss. Per la tesi della diretta applicabilità delle norme CEDU, cfr. anche Corte cass., SS. UU., sentenza 26 gennaio 2004, n. 1338. Con riferimento ad un eventuale contrasto tra la norma di fonte internazionale ed una norma interna, cfr. Corte cass., SS. UU., sentenza 23 dicembre 2005, n. 28507 in cui si è riconosciuta «la natura sovraordinata delle norme della Convenzione sancendo l'obbligo per il giudice di disapplicare la norma interna in contrasto con la norma pattizia dotata di immediata precettività». A fini di maggiore completezza, ricordiamo che anche in materia penale, la Corte di cassazione, con sentenza 12 luglio 2006, n. 32678, *Somogy*, nonché 25 gennaio 2007, n. 2800, *Dorigo*, ha dichiarato la diretta applicabilità delle norme CEDU. Quanto alla giurisprudenza della Corte costituzionale, con sentenza n. 22 ottobre 1999, n. 388 il giudice delle leggi aveva affermato che «è da rilevare che i diritti umani, garantiti anche da Convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione (...) non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 della Costituzione, sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona (...) ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione»; con la recente sentenza 24 ottobre 2007, n. 348 la Corte costituzionale ha escluso che l'istituzione del Consiglio d'Europa abbia comportato la creazione «di un ordinamento giuridico sopranazionale [in cui] le norme [siano] direttamente applicabili negli Stati contraenti». In argomento, cfr. A. BULTRINI, *Le sentenze 348 e 349/2007 della Corte costituzionale: l'inizio di una svolta*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 171; R. CAFARI PANICO - L. TOMASI, *Il futuro della CEDU tra giurisprudenza costituzionale e diritto dell'Unione*, *ivi*, p. 186.

alla Grande Camera della Corte, dopo aver dichiarato (giugno 2003) il ricorso parzialmente irricevibile in relazione agli art. 2, 10, 17 e ritenendo assorbito l'art. 13 dall'art. 6⁴⁴. In tal modo, la Corte ha implicitamente ritenuto residuale⁴⁵ la norma che tutela il diritto ad un ricorso effettivo rispetto ad altre disposizioni CEDU che consentono di ricorrere contro violazioni più specifiche (com'è appunto il caso dell'art. 6, che garantisce il diritto ad un processo equo in relazione alle controversie sui diritti e doveri di carattere civile).

Il Governo italiano sollevava tre distinte eccezioni preliminari relative all'asserito mancato esperimento dei ricorsi interni, all'assenza di un *jurisdictional link* tra esso e i ricorrenti ex art. 1 della CEDU ed alla inapplicabilità dell'art. 6, par. 1, al procedimento in corso.

Quanto alla prima eccezione, l'avere i ricorrenti estinto il procedimento nei confronti della NATO dimostrava secondo il Governo una carenza di interesse alla prosecuzione del giudizio ed il mancato esaurimento delle vie interne di ricorso. Accogliendo le ragioni delle parti attrici, la Corte respingeva questo argomento: in assenza della prova, da parte del Governo convenuto, della disponibilità ed efficacia dei ricorsi interni nei confronti della NATO (ossia della loro accessibilità e idoneità a favorire un rimedio alle doglianze prospettate, unitamente alle ragionevoli aspettative di successo), la mancata prosecuzione del giudizio nei confronti di questa organizzazione internazionale, non poteva certo ritenersi una indiretta manifestazione del mancato esperimento dei ricorsi interni⁴⁶.

Con la seconda eccezione il Governo italiano, richiamando la giurisprudenza *Bankovic* sulla nozione di giurisdizione statale ex art. 1 CEDU, sosteneva l'inesistenza di un diritto ad un rimedio giurisdizionale idoneo a consentire a soggetti non ricompresi nella giurisdizione dello Stato di proporre un'azione per accertare un eventuale pregiudizio patito⁴⁷; inoltre, non potendo essere provata una partecipazione dell'Italia ai *raid* aerei, la sua complicità nella scelta degli obiettivi, o impegnata la sua responsabilità internazionale per atti commessi dall'organizzazione internazionale di cui essa è membro, ne conseguiva che nessuna violazione dell'art. 6 poteva esserle imputata⁴⁸.

⁴⁴ La Corte di Strasburgo, infatti, per costante giurisprudenza tende a ricomprendere nell'art. 6 (relativo al diritto a un giusto processo) le garanzie predisposte dall'art. 13, (diritto a un ricorso effettivo). Cfr. ad esempio la sentenza *Cordova v. Italy* (n. 1), 30 gennaio 2003 (ric. n. 40877/98), par. 70-71, dove la Corte ha sostenuto che «it should be remembered that where an issue of access to a court arises, the requirements of Article 13 are absorbed by those of Article 6».

⁴⁵ Così A. PERTICI - R. ROMBOLI, *Art. 13, cit. supra*, nota 40, p. 406-407.

⁴⁶ Cfr. par. 32-36.

⁴⁷ «a person who was not within the national jurisdiction had not right of access to a remedy that would enable him to claim reparation for loss from the authorities of the State concerned». (par. 38).

⁴⁸ Cfr. par. 37-41. Diversa, ma coincidente, era la linea argomentativa prescelta dal Governo britannico, intervenuto nel procedimento ex art. 36 CEDU e per il quale l'instaurazione di un giudizio civile sul territorio dello Stato parte non comportava *ipso jure* l'applicabilità della CEDU ad

Secondo i ricorrenti, l'eccezione sollevata dal Governo italiano nel caso *Bankovic* relativa al mancato esaurimento dei rimedi interni implicava il tacito riconoscimento del fatto che gli attori si trovavano entro la giurisdizione dei tribunali nazionali: pertanto, la decisione resa dalla Corte di cassazione doveva ritenersi in contrasto con l'art 1 CEDU in quanto impediva l'applicazione di tale disposizione nell'ordinamento giuridico italiano⁴⁹.

Anche su questo punto, la Corte europea sembra recepire gli argomenti avanzati dai ricorrenti⁵⁰: pertanto, se l'ordinamento interno riconosce il diritto di adire un tribunale ed il diritto sostanziale invocato soddisfa i requisiti richiesti dall'art. 6 CEDU, deve riconoscersi che «once a person brings a civil action in the courts (...) of a State, there indisputably exists (...) a jurisdictional link for the purpose of article 1», e lo Stato ha l'obbligo di assicurare il rispetto dei diritti derivanti dall'art. 6 anche rispetto ad eventi di natura extra-territoriale⁵¹. Appare pertanto evidente che la Corte di Strasburgo ha inquadrato il problema della giurisdizione con riferimento alla pronuncia della Suprema Corte italiana che aveva escluso la giurisdizione privando i ricorrenti delle garanzie previste dall'art. 6 e non, come sosteneva il Governo italiano, all'azione aerea: e su tali basi, l'organo giudiziario ammette l'esistenza di un *jurisdictional link* tra i ricorrenti ed il Governo italiano⁵².

Respinte le prime due eccezioni avanzate dal Governo italiano, la Corte procede ad esaminare la questione dell'applicabilità dell'art. 6, par. 1. Secondo il Governo convenuto, l'art. 6 non trova applicazione rispetto agli atti di natura politica la cui esistenza deve intendersi come un vero e proprio limite al diritto di agire in giudizio, e non come un mero ostacolo procedurale all'attività giurisdizionale volta all'accertamento del diritto. Per il Governo italiano, il suddetto limite era determinato da un triplice ordine di fattori: la mancata previsione nel diritto internazionale e nel diritto interno di un diritto al risarcimento dei danni causati da un atto di guerra asseritamente illegale; l'attribuibilità di tale atto alla NATO, e non al Governo italiano; l'impossibilità di azionare il diritto al risarcimento a causa dell'operare della dottrina dell'«atto politico» che preclude ogni relativa azione contro lo Stato⁵³. Nel suo interven-

eventi svoltisi anteriormente (par. 48).

⁴⁹ Par. 42-43. Si noti che per il Governo della Serbia e Montenegro, anch'esso intervenuto nel procedimento, la natura dell'atto lamentato dai ricorrenti non era «exclusively extraterritorial» poiché la condotta che lo aveva originato (il decollo degli aerei) doveva ritenersi avvenuta in Italia, e tale quindi da dimostrare il collegamento tra le vittime del pregiudizio e l'Italia (par. 44).

⁵⁰ «the Court notes that in the *Bankovic* case the respondent Government stressed that it was possible for proceedings to be brought in the Italian domestic courts, thus implying that the existence of a jurisdictional link could not be excluded for future complaints made on a different basis» (cfr. par. 52).

⁵¹ Par. 54.

⁵² Par. 55.

⁵³ Par. 57-59.

to, poi, il Governo britannico sosteneva l'impossibilità di configurare per gli organi di controllo della CEDU un ruolo di «appellate tribunals determining appeals from national courts as to the content of the law applicable in those courts»⁵⁴. Più sfumata l'argomentazione del Governo serbo montenegrino, per il quale l'adesione alla CEDU aveva attribuito in capo ai propri cittadini il diritto «to assert their rights (...) in all cases in which there was a basis in law for so doing»⁵⁵.

Secondo i ricorrenti, l'ordinanza della Corte di cassazione avrebbe loro impedito di ottenere una pronuncia nel merito⁵⁶ circa l'eventuale fondatezza della loro domanda, la cui base giuridica è prevista dall'art. 2043 c.c. La pronuncia si discosterebbe pertanto in modo netto dalla precedente giurisprudenza della Corte Suprema (caso *Ferrini*, *cit.*) in cui si è affermato, per un verso, che il riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione non può in ogni caso impedire il sorgere della responsabilità civile come conseguenza della commissione di atti di rilievo penale e, per altro verso, che l'introduzione nell'ordinamento giuridico italiano delle norme internazionali che tutelano i diritti umani costituisce un parametro su cui valutare l'ingiustizia del danno subito in conseguenza di un atto deliberatamente commesso⁵⁷. Ne consegue che, almeno in linea di principio, il diritto ad ottenere un giudizio di merito, asseritamente leso, era per i ricorrenti previsto dall'ordinamento giuridico italiano e, quindi, difendibile in giudizio.

Anche quest'ultima eccezione veniva rigettata dalla Corte, secondo la

⁵⁴ Par. 63.

⁵⁵ Par. 62.

⁵⁶ In dottrina, si è sostenuto che un procedimento giurisdizionale che si arresti alla fase delle eccezioni preliminari in conseguenza del riconoscimento dell'immunità di cui gode la parte convenuta confligge con il diritto ad un ricorso effettivo ex art. 13 CEDU. Cfr. J. BRÖHMER, *State Immunity and the Violations of Human Rights*, The Hague, London, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, 1^a ed., p. 173.

⁵⁷ Secondo la Suprema Corte infatti, «è agevole osservare (...) da un lato, che l'insindacabilità delle modalità di svolgimento delle attività di suprema direzione della cosa pubblica non è di ostacolo all'accertamento degli eventuali reati commessi nel corso del loro esercizio e delle conseguenti responsabilità, sia sul piano penale che su quello civile (...) dall'altro, che, in forza del principio di adattamento sancito dall'art. 10, 1° comma, della nostra Carta costituzionale, le norme di diritto internazionale "generalmente riconosciute" che tutelano la libertà e la dignità della persona umana come valori fondamentali (...) sono divenute automaticamente parte integrante del nostro ordinamento e sono, pertanto, pienamente idonee ad assumere il ruolo di parametro dell'ingiustizia del danno causato da un fatto doloso o colposo altrui» (caso *Ferrini*, *cit.*, par. 7.1). Di conseguenza, secondo la Corte, «ogni questione relativa all'esistenza del diritto fatto valere dal ricorrente (...) rimane (...) impregiudicata». Secondo F. SALERNO, *L'adattamento dell'ordinamento italiano alle norme generali sull'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione*, relazione presentata al corso seminario *Tutela giurisdizionale in Italia rispetto ad attività internazionalmente illecite degli Stati*, Fondazione Morelli, Crotone, 10-14 settembre 2007, la giurisprudenza *Ferrini* rappresenta un parziale *revirement* della dottrina dell'atto politico. Per A. GIANELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati*, *cit. supra*, nota 7, p. 666 la Suprema Corte «sembra (...) aver colto l'occasione per rivedere almeno in parte quanto affermato nell'ordinanza del 2002 indicando la possibile via di un'azione per danni nei confronti degli organi senza (...) arrivare ad affermare la sussistenza della giurisdizione nei confronti dello Stato italiano».

quale «there was from the start of the proceedings a genuine and serious dispute over the existence of the right to which the applicants claimed to be entitled under the civil law (...) [so that] the applicants had, on at least arguable grounds, a claim under domestic law»⁵⁸.

3. La fase di merito: il problema della violazione dell'art. 6, par. 1

Nella fase relativa al merito della controversia, gli attori sostenevano la natura civilistica del diritto al risarcimento del danno patito in conseguenza di un atto illecito, il cui mancato accertamento avrebbe in sostanza vanificato l'efficacia della CEDU sul territorio di uno Stato membro finendo con l'attribuire alla teoria dell'«atto politico» un valore tale da privare tale strumento del valore normativo riconosciuto dall'art. 117 della Costituzione nonché dalla stessa giurisprudenza della Suprema Corte italiana⁵⁹. Peraltro, sostenevano i ricorrenti, anche a voler ammettere l'esistenza di limiti alla giurisdizione derivanti da «atti politici» questi dovevano intendersi riferiti alla decisione con cui le autorità di governo italiane avevano deciso la partecipazione italiana al conflitto contro la Jugoslavia e non alle singole azioni belliche derivanti da essa⁶⁰.

L'inapplicabilità al caso di specie dell'art. 6 veniva invece argomentata dal Governo italiano escludendo che le norme invocate dai ricorrenti (artt. 2043 c.c.; 6 e 185 c.p.; 174 del c.p. militare in tempo di guerra) sanciscono il diritto al risarcimento del danno rispetto ad atti di guerra asseritamente illeciti compiuti dallo Stato o da membri delle sue forze armate: le citate disposizioni, infatti, regolando condotte individuali non sarebbero applicabili alla fattispecie *de qua*, in cui il danno è stato provocato dalla NATO, e la natura extraterritoriale dell'azione rendeva problematico l'accertamento di una responsabilità concorrente dell'Italia. Peraltro, l'inesistenza nel diritto interno di norme

⁵⁸ Par. 101. Il carattere «genuine e serious» della controversia su di un diritto «difendibile», quali condizioni per l'applicabilità dell'art. 6 nella giurisprudenza della Corte è rammentato da C. FOCARELLI, *Il caso Marković dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, p. 43 ss.

⁵⁹ Par. 70. I ricorrenti facevano riferimento, *inter alia*, al già citato caso *Galeotti*, e alle sentenze 8 maggio 1989, n. 15, *Polo Castro*, e 10 luglio 1993, n. 2194, *Medrano*, e a una non meglio specificata linea argomentativa in materia di diritti umani espressa in una pronuncia successiva all'ordinanza resa nel caso *Marković* che sembra comunque potersi riferire alla sentenza resa nell'affare *Ferrini* e alle considerazioni colà espresse circa la già riferita «antinomia» tra le norme che tutelano l'immunità dello Stato dalla giurisdizione di altri Stati e le disposizioni che proteggono la dignità umana.

⁶⁰ Par. 70. Nel proprio intervento, il Governo della Serbia e Montenegro osservava che il principio del risarcimento per danni costituiva un principio generale di diritto riconosciuto dalle Nazioni civili risalente al diritto romano (*neminem laedere*), e che l'adozione della dottrina dell'atto di governo avrebbe come risultato la sottrazione al controllo giurisdizionale di atti di politica estera, la mancanza di tutela dei diritti umani e la prevalenza della ragion di Stato sul principio del primato del diritto sancito all'art. 3 dello Statuto del Consiglio d'Europa. Come meglio si vedrà *infra*, argomentazioni simili sono state espresse nella citata opinione dissenziente del giudice Zagrebelsky, (par. 83 e 85).

che disciplinano il diritto ad ottenere il risarcimento del danno per atti illeciti di natura bellica troverebbe significativa conferma nell'assenza, nel diritto internazionale generale, di analoghe disposizioni: le norme del I Protocollo addizionale del 1977, invocate dai ricorrenti, non solo non conferiscono alcun diritto al risarcimento ai privati ma non prevedono nessun obbligo per gli Stati contraenti di introdurre nei loro ordinamenti un siffatto diritto il cui eventuale riconoscimento attraverso l'art. 6 della CEDU rispetto ad atti di politica internazionale (comprese le operazioni di *peace-keeping* e *peace-making*), indebolirebbe la cooperazione internazionale nel settore del mantenimento della pace⁶¹.

Inoltre, anche ammettendo l'applicabilità dell'art. 6 al caso di specie, secondo il Governo italiano esso non risultava essere stato violato: infatti il diritto in esso sancito può essere disciplinato e limitato entro un margine di apprezzamento tale da consentire restrizioni quali quelle relative ad atti espressione di autorità statale al più alto livello, riconducibili all'attività legislativa e alle relazioni estere e, tra queste, agli atti di guerra. Peraltro, l'opportunità di sottrarre al sindacato giurisdizionale simili condotte trova conferma nel principio della separazione dei poteri⁶² che intende escludere forme di controllo da parte di organi privi di legittimazione democratica: e tale obiettivo legittimo era stato perseguito attraverso modalità proporzionate allo scopo che escludevano comunque l'attribuzione dell'immunità⁶³ a larghe categorie di persone o la preclusione dell'accesso ai tribunali per ampie tipologie di azioni. In sostanza, la limitazione dell'attività giurisdizionale rispetto agli «atti politici» sarebbe perfettamente compatibile con l'essenza del diritto individuale sancito dall'art. 6⁶⁴.

⁶¹ L'argomentazione relativa all'assenza nell'ordinamento interno di una base giuridica idonea a riconoscere una pretesa, volta all'accertamento dell'esistenza di un diritto al risarcimento del danno conseguente alla commissione di un atto di guerra, veniva poi rafforzata richiamando l'inquadramento della fattispecie oggetto dell'ordinanza della Suprema Corte quale «atto politico»: secondo il Governo convenuto, la Corte di cassazione «had no set a limit» al diritto di accesso ad un giudice, ma ne avrebbe solo definito l'ambito di applicazione, nel senso che essa «did not create a procedural bar that removed or restricted» il diritto di agire in giudizio, limitandosi «[to] preclude an action against the State *in limine*» (par. 78).

⁶² Sul rilievo attribuito a tale principio in relazione alla limitazione del diritto di accesso al giudice, v. F. DE VITTOR, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali*, in *Riv. dir. int.*, 2002, p. 572 ss.

⁶³ Nel caso *Al-Adsani*, cit. *supra*, nota 10, la Corte ha avuto modo di approfondire la natura giuridica del riconoscimento, in sede processuale, delle prerogative connesse all'immunità, e più particolarmente se essa costituisca un ostacolo procedurale al diritto sostanziale o una vera e propria limitazione al suo esercizio. In particolare, essa ha sostenuto che: «an action against a State is not barred *in limine*: if the defendant State waives immunity, the action will proceed to a hearing and judgment. The grant of immunity is to be seen not as qualifying a substantive right but as a procedural bar on the national courts' power to determine the right» (par. 48).

⁶⁴ Par. 71-82. Per argomentazioni coincidenti, v. la tesi del Governo britannico (par. 89-90), intervenuto nel procedimento, per cui non sussisterebbe nessuna violazione dell'art. 6, par. 1, nel caso in cui l'ordinamento giuridico di uno Stato parte alla CEDU non preveda alcun risarcimento per il singolo in caso di danni patiti in conseguenza di atti statali posti in essere nell'ambito delle relazioni internazionali. A giudizio del rappresentante di questo Governo, diversi ordinamenti di Stati membri del Consiglio d'Europa contengono disposizioni che escludono il diritto al risarcimento del danno derivante da atti posti in essere nell'ambito delle relazioni esterne: e ancorché diversamente

Prima di entrare nel merito della decisione adottata a maggioranza (10 contro 7) è utile una concisa ricapitolazione dei principi adottati dalla Corte in tema di diritto di accesso ad un giudice⁶⁵ che a partire dalla sentenza *Golder v. The United Kingdom*⁶⁶ è stato percepito come parte integrante delle garanzie previste dall'art. 6⁶⁷. In *James and others v. The United Kingdom*, la Corte ha sostenuto che «art. 6 par. 1 extends only to disputes over [civil] rights and obligations which can be said, at least on arguable grounds, to be recognized under domestic law; it does not itself guarantee any particular content for (civil) rights and obligations in the substantive law of the contracting States»⁶⁸. Come è noto, funzione della Corte è risolvere controversie «genuine and serious» sulla portata attuale di un diritto garantito e non di creare essa stessa, per via di interpretazione dell'art. 6, par. 1, un diritto sprovvisto di base giuridica nello Stato⁶⁹. Peraltro, se la presenza di un diritto di natura civilistica è desumibile da disposizioni che ne disciplinano il contenuto, come dalla loro interpretazione ad opera dei tribunali statali⁷⁰, sarebbe contrario ai principi incorporati nell'art. 6, par. 1, l'integrale sottrazione al giudizio interno di intere classi di controversie di quella natura⁷¹ e ciò perché l'art. 6, par. 1, deve poter essere invocato da «anyone who considers that an interference with the exercise of one of his [civil] rights is unlawful and complains that he has not had the possibility of submitting that claim to a tribunal meeting the requirements of art. 6 par. 1»⁷².

formulata la norma relativa costituisce un limite sostanziale al diritto al risarcimento del danno, e non un ostacolo processuale e non viola l'art. 6, par. 1 (par. 86-88). V., altresì, la sentenza della Corte di giustizia del 15 febbraio 2007 in causa n. C-292/05, *Eirini Lechouritou e altri c. Repubblica federale di Germania*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 1519 ss. e in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2007, p. 385 ss. con commento di C. TACCOLA, *Ubi jus imperii, reparatio cessat*, *ivi*, 2008, p. 589 ss.

⁶⁵ In argomento, oltre allo studio di C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Padova, Cedam, 2001, si rinvia a M. CHIAVARIO, *Diritto ad un processo equo*, in S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea*, *cit. supra*, nota 40, p. 153 ss.

⁶⁶ Sentenza 21 febbraio 1975, (ric. n. 4451/70), par. 28-36.

⁶⁷ La Corte ha sostenuto che «les garanties procédurales énoncées à l'art. 6 concernant l'équité, la publicité et la célérité seraient dépourvues de sens si le préalable à la jouissance de ces garanties, à savoir l'accès à un tribunal, n'était pas protégé» (par. 35).

⁶⁸ Sentenza 21 febbraio 1986 (ric. n. 8793/79), par. 81. È utile rammentare che in *Ringeisen v. Austria*, 16 luglio 1971, (ric. n. 2614/75), con riferimento alla natura delle «disputes over civil rights and obligations», la Corte aveva sostenuto che esse «cover all proceedings the result of which is decisive for private rights and obligations» (par. 94).

⁶⁹ *Roche v. The United Kingdom*, 19 ottobre 2005 (ric. n. 32555/96), par. 116-117.

⁷⁰ *Masson and Van Zon v. The Netherlands*, 28 settembre 1994 (ric. n. 15346/89), par. 49.

⁷¹ *Al-Adsani*, *cit. supra*, nota 10, par. 47: «it would not be consistent with the rule of law in a democratic society (...) if (...) a State could, without restraint or control by the Convention enforcement bodies, remove from the jurisdiction of the courts a whole range of civil claims» (par. 47); *Fayed c. The United Kingdom*, 21 settembre 1994 (ric. 17101/90), par. 65.

⁷² *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 23 giugno 1981 (ric. n. 6878/75; 7238/75), par. 44.

Se sussiste una controversia genuina e seria sulla legittimità di tale interferenza l'art. 6, par. 1, attribuisce all'individuo il diritto «to have this question of domestic law determined by a tribunal»⁷³, compatibilmente con eventuali restrizioni al contenuto del diritto, la cui legittimità deve essere valutata da parte della Corte di Strasburgo alla luce della liceità dello scopo perseguito, del rapporto di proporzionalità tra i fini auspicati ed i mezzi impiegati e della salvaguardia dell'essenza stessa del diritto⁷⁴. Va peraltro osservato che la funzione della Corte di Strasburgo, ai sensi dell'art. 19 della CEDU è di garantire il rispetto degli obblighi contratti dagli Stati contraenti, e non di correggere errori di fatto o di diritto commessi dai tribunali nazionali, a meno che da essi non origini una violazione di diritti garantiti dalla CEDU: spetta comunque in via principale alle Corti nazionali interpretare ed applicare il diritto interno anche quando esso rinvia al diritto internazionale generale o pattizio e, in un'ottica di sussidiarietà⁷⁵, alla Corte europea verificarne la compatibilità con le principali norme della CEDU⁷⁶.

Alla luce di tali elementi la Corte europea rileva, anzitutto, come ai ricorrenti non fosse stato impedito di presentare un reclamo dinanzi ad una giurisdizione nazionale; e che alla luce del criterio di sussidiarietà che informa le relazioni tra essa e le Corti nazionali, la pronuncia dell'organo giurisdizionale italiano appare esente da errori d'interpretazione sia del diritto interno che internazionale tali da compromettere l'uniforme applicazione della CEDU e richiedere il proprio intervento.

Con particolare riferimento al diritto interno, infatti, la Corte rileva che l'accoglimento da parte della Suprema Corte di cassazione dell'eccezione relativa al difetto di giurisdizione avanzata dalle Amministrazioni dello Stato, giustificata alla luce di due disposizioni del c.p.c. italiano⁷⁷, non costituisca

⁷³ *Sporrong and Lönroth v. Sweden*, 23 settembre 1982 (ric. n. 7151/75; 7152/75), par. 81.

⁷⁴ *Waite and Kennedy v. Germany*, 18 febbraio 1999 (ric. n. 2683/94), par. 59: «The Court recalls that the right of access to the courts secured by Article 6 § 1 of the Convention is not absolute, but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access by its very nature calls for regulation by the State. In this respect, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation, although the final decision as to the observance of the Convention's requirements rests with the Court. It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved»; *Ashingdane v. The United Kingdom*, 28 maggio 1985 (ric. n. 8225/78), par. 57.

⁷⁵ Nel caso *Cocchiarella v. Italy*, 29 marzo 2006 (ric. n. 64886/01), la Corte di Strasburgo ha infatti affermato che «the primary responsibility for implementing and enforcing the rights and freedoms guaranteed by the Convention is laid on the national authorities. The machinery of complaint to the Court is thus subsidiary to national systems safeguarding human rights» (par. 38).

⁷⁶ *Prince Hans Adam II of Liechtenstein v. Germany*, sentenza 12 luglio 2001 (ric. n. 45527/98) par. 43-50.

⁷⁷ Si tratta degli artt. 41 (*Regolamento di giurisdizione*: «Finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado, ciascuna parte può chiedere alle Sezioni unite della Corte di cassazione che risolvano le questioni di giurisdizione di cui all'art. 37»); e 37 (*Difetto di giurisdizione*: «Il difetto

affatto una forma d'immunità: né l'assenza nell'ordinamento italiano di disposizioni in materia di responsabilità da fatto illecito che consentono di domandare allo Stato riparazione per le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla commissione di atti di natura politica rappresenta un'immunità *de facto*, poiché per costante giurisprudenza non sarebbe possibile attribuire all'art. 6, par. 1, CEDU il significato di creare *ex novo* posizioni giuridiche non tutelate negli ordinamenti interni⁷⁸.

In altri termini, sono i principi che disciplinano il diritto di accesso ad un giudice nell'ordinamento italiano, correttamente interpretati dalla Corte di cassazione, che non consentono di ottenere una pronuncia nel merito sulla pretesa violazione di un diritto al risarcimento del danno conseguenza della commissione di atti di natura bellica.

4. Diritto di accesso al giudice, insindacabilità degli atti di natura politica e tutela delle vittime dei conflitti armati internazionali: considerazioni *de lege lata* e *de lege ferenda*

Se la sentenza della Grande Camera colpisce anzitutto per il silenzio con cui la Corte di Strasburgo accoglie le affermazioni della Corte di cassazione italiana circa il carattere non direttamente applicabile di talune disposizioni della CEDU, meritano considerazioni specifiche gli argomenti con cui la Corte ha ritenuto insussistente la violazione dell'art. 6, recependo sostanzialmente la dottrina dell'«atto politico» nei termini prospettati dai governi convenuti e dai giudici italiani.

Nella sua opinione concorrente, il giudice Costa mette in evidenza la natura «*théorique et illusoire*» del diritto ad un giudice per come ricostruito dalla Corte⁷⁹ che finisce sostanzialmente col confondersi con un mero accesso fisico al tribunale e contraddice la precedente giurisprudenza della Corte di Strasburgo tesa a garantire il diritto *de quo* in modo «concret et effectif», ossia permettendo alla Corte adita di adottare una decisione motivata «*sans qu'un *judex ex machina* vienne dire que ce tribunal ne peut rien décider du tout*»⁸⁰.

di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo»).

⁷⁸ Nel caso *Fayed v. The United Kingdom*, cit. *supra*, nota 71, è stato ad esempio affermato che l'art. 6, par. 1 «does not in itself guarantee any particular content for [civil] rights and obligations in the substantive law of the Contracting States (...) whether a person has an actionable domestic claim (...) depend[s] (...) on the substantive content (...) of the relevant civil right as defined under national law (...) certainly the Convention enforcement bodies may not create by way of interpretation of Article 6 par. 1 a substantive civil right which has no legal basis in the State concerned» (par. 65).

⁷⁹ Il riferimento è al par. 105 della sentenza in cui si afferma che «the applicants were not in practice prevented from bringing their complaints before the domestic courts».

⁸⁰ Par. 12 dell'opinione concorrente. Secondo il giudice Costa, sarebbe stato più coerente limi-

La centralità della distinzione tra limiti all'esercizio del diritto invocato dai ricorrenti ed ostacoli procedurali allo stesso, ai fini dell'accertamento di eventuali restrizioni ingiustificate all'art. 6, è stata evidenziata nell'opinione concorrente di un altro giudice della maggioranza, Bratza⁸¹, (cui si è unito il giudice Rozakis) per escludere tuttavia che la dottrina dell'«atto di governo» (alla base della decisione della Corte di cassazione declaratoria del difetto di giurisdizione) fosse stata applicata in modo da comportare una violazione della CEDU⁸².

Del tutto opposte, invece, risultano le valutazioni espresse nell'opinione dissidente del giudice Zagrebelsky, per il quale la mancata definizione, da parte della Suprema Corte di cassazione e della Grande Camera della Corte europea della dottrina dell'«atto politico» e dei suoi limiti ha impedito di distinguere il fine legittimo dell'atto impugnato (la partecipazione dell'Italia ad operazioni belliche) dalle sue conseguenze sotto il profilo della responsabilità lasciando i singoli in balia del «pouvoir dans son aspect le plus redoutable: celui de la raison d'Etat» che spesso poco tollera il principio del primato del diritto ed il diritto di accesso ad un giudice che ne costituisce un'espressione. La pronuncia della Corte sancirebbe così di fatto l'inconciliabilità di funzioni di natura politica e diritti individuali, infliggendo un *vulnus* al principio del controllo giurisdizionale sugli atti giuridici al fine di assicurarne la conformità a diritto.

Queste valutazioni risultano pienamente condivisibili poiché tendono a limitare un'applicazione troppo ampia della teoria dell'«atto politico», tale cioè da escludere il sindacato giurisdizionale sul rispetto della *proporzionalità* dell'atto in rapporto ad una finalità per ipotesi legittima. Il ricorso al giudice italiano, in effetti, non mirava a contestare la legittimità della partecipazione italiana al conflitto, assunta nell'ambito di un processo decisionale "lecito",

tarsi a ribadire la non assolutezza del diritto di accesso ad un giudice, e l'esistenza di limiti "impliciti" quali quelli derivanti dall'immunità dalla giurisdizione civile degli Stati (par. 15). Anche N. RONZITTI, *Nessuna violazione del diritto a un tribunale se l'atto di guerra "sfugge" all'ordinamento*, in *Guida al Diritto*, 2007, marzo-aprile, p. 78 ss., ritiene «una mera finzione» l'avere i ricorrenti potuto prospettare le loro ragioni ad una Corte senza però ottenere una pronuncia sul merito.

⁸¹ Per il giudice Bratza, risulta spesso difficile «tracer une ligne de démarcation entre limitations procédurales et (...) matérielles» (par. 2), tanto che la controversia in esame «ne se range pas aisément dans l'une ou l'autre des catégories établies» (par. 5). Nonostante questa premessa, tuttavia, il giudice Bratza afferma successivamente, ed in modo piuttosto apodittico, che la decisione della Corte di cassazione riconosce l'esistenza di un limite sostanziale all'esercizio del diritto di agire in giudizio, poiché «en raison de la nature des questions (...) les requérants n'avaient en droit interne aucun motif d'agir en justice» (par. 8).

⁸² Secondo il giudice Bratza, il fatto che la teoria *de qua* «n'a pas de limites très précises [et que] son application dépend (...) de[s] circonstances particulières de [chaque] affaire» e che essa non sia «statique mais peut se modifier et évoluer», costituisce valido motivo per escludere che la sua utilizzazione abbia oltrepassato i limiti dell'accettabilità nel caso di specie (par. 12). L'utilità di una ricostruzione della dottrina dell'atto politico in termini di ostacolo procedurale è stata invece sottolineata in dottrina da S. SHAH, *Seeking remedies for violations of International Humanitarian Law: Marković c. Italy*, in *Human Rights Law Journal* [*Human Rights L. J.*], 2007, p. 1 ss. secondo cui «as assessed as procedural limitation, judicial scrutiny of State action would not be ousted merely by invoking the political act doctrine, rather there would have to be reasons of necessity and proportionality pursuant to a legitimate aim for the application of doctrine to be valid».

ma la scelta di obiettivi e modalità operative che, almeno per quanto riguarda la fattispecie portata all'attenzione del giudice italiano, erano molto probabilmente illecite⁸³. Secondo il giudice Zagrebelsky, infatti, se è vero che qualunque atto dei pubblici poteri è il frutto di decisioni politiche, la natura generale della funzione politica non consente di ammettere limiti impliciti al diritto di accesso al giudice: la *ratio decidendi* della Suprema Corte italiana, avallata dalla Corte europea, ha però aperto la strada all'adozione di atti statali avulsi da qualunque forma di sindacato giurisdizionale di legittimità e tali da attenuare le potenzialità risarcitorie del rimedio generale ex art. 2043 c.c.

La soluzione accolta dalla Corte finisce insomma con l'escludere di fatto la possibilità per la persona fisica di adire un tribunale per la valutazione nel merito di un eventuale diritto ad un risarcimento del danno conseguente alla violazione di norme di diritto internazionale umanitario, e ripropone la controversa questione dell'esistenza di un diritto individuale alla riparazione in capo alle vittime di violazioni di tali disposizioni⁸⁴. Come accennato in precedenza (*supra*, par. 1), tale problematica viene sovente trattata nel quadro di un rinnovato interesse della dottrina per le posizioni giuridiche soggettive da riconoscere eventualmente all'individuo in quanto soggetto di diritto internazionale⁸⁵, tanto nel diritto pattizio che generale e anche nell'ambito delle norme secondarie sulla responsabilità internazionale degli Stati⁸⁶. Anche la prassi

⁸³ La dubbia legittimità dei bombardamenti contro la stazione radio-televisiva di Belgrado è messa in evidenza da N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit. *supra*, nota 41, p. 278-279. Cfr., sul punto, anche C. FOCARELLI, *Il caso Marković*, cit. *supra*, nota 58, p. 53 secondo cui «la Corte europea avrebbe dovuto chiedersi se il diniego di giurisdizione perseguiva uno scopo legittimo e (...) se fosse proporzionale (...) e (...) concludere (...) che il difetto di giurisdizione (...) risultava invece sproporzionato allo scopo legittimo».

⁸⁴ Nella risoluzione dell'Assemblea generale contenente i *Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law*, cit. *supra*, nota 4, si definiscono vittime di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario «persons who (...) suffered harm (...) economic loss or (...) impairment or their fundamental rights through acts or omissions that constitute (...) serious violations of international humanitarian law» (parte V, par. 8). Considerano «approprié» l'obbligo di indennizzare le «victimes directes», ossia individui, delle conseguenze (attribuibili ad uno Stato) delle violazioni delle quattro Convenzioni di Ginevra e del I Protocollo L. CONDORELLI - L. BOISSONS DE CHAZOURNES, *Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de "respecter et faire respecter" le droit international "en toutes circonstances"*, in C. SWINARSKI (cur.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l'honneur de J. Pictet*, Genève, Martinus Nijhoff, 1984, 1ª ed., p. 17 ss.

⁸⁵ La questione è da tempo dibattuta da parte di Autori attenti alla problematica dei diritti dell'uomo. Cfr. R. PISILLO MAZZESCHI, *International Obligations to Provide for Reparations Claims?*, in A. RANDELZHOFFER - C. TOMUSHAT (a cura di), *State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, The Hague, Kluwer Law, 1999, 1ª ed., p. 149. Secondo l'A., il singolo è titolare di un diritto individuale alla riparazione che lo qualifica rispetto all'essere un mero beneficiario materiale di disposizioni stipulate *aliunde*, e tale diritto è esercitabile prevalentemente sul piano interno previo accertamento della natura *self-executing* della norma internazionale incorporata nell'ordinamento nazionale. Peraltro, anche qualora un'istanza internazionale accerti una violazione di un obbligo in materia di diritti umani, è solo attraverso l'ordinamento interno che sarebbe possibile ottenere l'esecuzione del giudicato.

⁸⁶ Nel commento della Commissione di diritto internazionale all'art. 1 del Progetto di articoli approvato nel 2001, si ammette che la responsabilità internazionale, originata da un illecito statale,

recente delle Nazioni Unite ha contribuito a rafforzare tali tendenze⁸⁷.

Per quanto riguarda il diritto pattizio, si tratta anzitutto di accertare l'eventuale esistenza di norme che attribuiscono al singolo un diritto tanto *materiale* che *procedurale* di domandare riparazione allo Stato autore della violazione, e della loro identificazione in quanto norme *internazionali* ovvero *interne* previste in attuazione del corrispondente obbligo internazionale⁸⁸. Con-

possa estendersi «to other subjects of international law» diversi dagli Stati (*Report of the ILC on the work of its fifty-third sess.* U.N. Doc. A/56/10, p. 67). Inoltre, nel commento all'art. 28 non si esclude «(...) the possibility that an internationally wrongful act may involve legal consequences in the relationship between the State responsible for that act and persons or entities other than the States», *ivi*, p. 214. Peraltro, la parte del Progetto relativa al contenuto della responsabilità è «without prejudice to any right, arising from the international responsibility of the State which may accrue directly to any person or entity other than the State» (art. 33, par. 2), sembrando voler attribuire (anche) agli individui diritti derivanti da norme secondarie. L'art. 33, tuttavia, presenta alcuni nodi interpretativi. Per un verso, infatti, nel commento alla disposizione (p. 233) viene spiegato che in taluni casi (soprattutto nei trattati in materia di diritti umani) gli individui sono titolari dei rispettivi diritti nascenti da una eventuale violazione (e quindi, del diritto ad ottenere riparazione); in realtà, nello stesso commento si afferma chiaramente che «the articles do not deal with the possibility of the invocation of responsibility by persons or entities other than States (...)» e che dipende dalla singola norma primaria «to determine whether and to what extent persons (...) are entitled to invoke responsibility (...)» (p. 234). Sull'art. 33 del Progetto, v. G. GAJA, *Is a State Specially Affected when its Nationals' Human Rights are Infringed?*, in L. C. VOHRAH - F. POCAR (cur.), *Man's Inhumanity to Man*, *cit. supra*, nota 16 p. 373 ss. In senso critico sul Progetto, R. PISILLO MAZZESCHI *The Marginal Role of the Individual in the ILC's Articles on State Responsibility*, in *Italian Yearbook of International Law [IYIL]*, 2004, p. 39 ss. Secondo l'A., la CDI avrebbe dovuto inserire tra le disposizioni sul contenuto della responsabilità una norma che esplicitamente riconoscesse la responsabilità dello Stato verso l'individuo conseguente ad una violazione di una norma primaria che prevede questo come destinatario formale; inoltre il Progetto avrebbe dovuto contenere nella parte III («invocazione della responsabilità internazionale di uno Stato») una norma esplicita sulla possibilità di invocare la responsabilità da parte dell'individuo. Per A. GATTINI, *Alcune osservazioni sulla tutela degli interessi individuali nei progetti di codificazione della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità internazionale e sulla protezione diplomatica*, in M. SPINEDI - A. GIANELLI - M. L. ALAIMO (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, Milano, Giuffrè, 2006, 1^a ed., p. 431 ss., l'art. 33 («un antidoto all'impianto prettamente interstatuale del Progetto») confonde i diversi piani della titolarità del diritto sostanziale, del diritto di riparazione e di quello da fare valere la responsabilità ed avrebbe dovuto essere concepito in modo da risolvere i problemi di coordinamento tra la Parte del Progetto dedicata al contenuto della responsabilità e la terza dedicata all'attuazione.

⁸⁷ Nella risoluzione 60/147, *cit. supra*, nota 4, preso atto dell'esistenza di disposizioni convenzionali che prevedono un «right to a remedy» in favore delle vittime di violazioni del diritto internazionale umanitario (*inter alia*, gli artt. 3 della IV Convenzione dell'Aja e 91 del I Protocollo addizionale), si afferma che i principi in essa contenuti non istituiscono nuovi obblighi internazionali ma identificano metodi e procedimenti per l'attuazione degli impegni esistenti (preambolo, par. 7) e che l'obbligo di «respect, ensure respect for and implement» il diritto internazionale umanitario prevede a livello interno l'adozione da parte degli Stati di idonee misure legislative ed amministrative per assicurare un «fair, effective and prompt access to justice» e rendere disponibili rimedi adeguati compresa la riparazione (parte I, par. 1). In particolare, in caso di «serious violations of international humanitarian law», la riparazione dovrà comprendere *restitutio* (rimessa in stato di libertà personale, ritorno alla vita familiare etc.), risarcimento (da corrispondere in tutti i casi di danno valutabile economicamente comprese le opportunità professionali compromesse), riabilitazione (esempio: trattamenti sanitari), soddisfazione (quali l'adozione di misure idonee alla cessazione dell'illecito se di carattere continuo; dichiarazioni o decisioni giudiziarie che ristabiliscano la dignità e la reputazione della vittima; scuse ufficiali; commemorazioni) e garanzie di non ripetizione delle violazioni (parte IX).

⁸⁸ Per un tale approccio, v. R. PISILLO MAZZESCHI, *Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: an Overview*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 339 ss.

testualmente, sarà opportuno verificare gli ostacoli esistenti alla previsione esplicita di un tale diritto o al suo effettivo esercizio.

Quanto al già citato art. 3 della IV Convenzione dell'Aja, se è vero che non mancano interpretazioni della norma nel senso di individuare nella persona umana sia il beneficiario materiale dell'obbligo di riparazione che il titolare di un diritto ad ottenere un rimedio rispetto a violazioni di norme giuridiche⁸⁹, l'assenza di un numero sufficiente di precedenti giurisprudenziali consolidati⁹⁰ fa piuttosto ritenere che sia tuttora da preferire l'interpretazione tradizionale della disposizione, secondo cui essa disciplina solo rapporti interstatali e non è invocabile da privati nei giudizi interni i quali potranno eventualmente beneficiare di *lump-sum agreements* concordati tra Stati⁹¹. Né il riferimento operato nel preambolo della citata risoluzione 60/147 dell'Assemblea generale all'art. 3 della IV Convenzione e all'art. 91 del I Protocollo quali strumenti che prevedono un «right to a remedy» in capo alle vittime di violazioni del diritto internazionale umanitario può essere interpretato nel senso auspicato da tali autori: la parte XII del documento, infatti, laddove afferma che «nothing (...) shall be construed as restricting or derogating from any

⁸⁹ Per F. KALSHOVEN, *State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces: from Article 3 of the Hague Convention IV of 1907 to article 91 of Additional Protocol I and beyond*, in *Int'l & Comp. L. Q.*, 1991, p. 827 ss., la norma riflette l'intenzione dei delegati alla seconda Conferenza di pace dell'Aja di prevedere «not so much (...) a rule relating to the international responsibility of one State vis-à-vis another (but rather) one relating to a State's liability to compensate the losses of individual persons incurred as a consequence of their direct (and harmful) contact with its armed forces». V. pure C. GREENWOOD, *International Humanitarian Law (Laws of the War)*, in F. KALSHOVEN (a cura di), *The Centennial of the First International Peace Conference. Reports and Conclusions*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, 1^a ed., p. 161 ss.; E. C. GILLARD, *Reparation for Violations of International Humanitarian law*, in *International Review of the Red Cross [IRRC]*, 2003, vol. 85, p. 529 ss.

⁹⁰ Sembra comunque opportuno rammentare almeno il verdetto della Corte di primo grado greca nel caso *Distomo*, (peraltro riformato dalla Suprema Corte speciale greca), in cui si era affermata l'esistenza di un diritto individuale al risarcimento discendente dall'art. 3 della IV Convenzione. La prassi sembra infatti decisamente orientata in senso opposto: v. ad esempio i numerosi ricorsi proposti dinanzi tribunali statunitensi e giapponesi dalle c.d. *comfort women* del sud-est asiatico e respinti sulla base dell'assenza del carattere della diretta applicabilità delle norme del diritto bellico. V. pure il recente caso del *Bridge of Varvarin*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 2860 ss. in cui l'*Oberlandsgericht* di Colonia ha affermato il principio secondo cui i parenti delle vittime di un *raid* aereo contro la ex Jugoslavia cui avevano preso parte velivoli tedeschi non avevano diritto di presentare un reclamo contro la Repubblica federale per la supposta violazione di norme di diritto internazionale umanitario. V. in dottrina M. RAU, *State Liability for Violations of International Humanitarian Law - the Distomo Case Before the German Federal Constitutional Court*, in *German Law Journal*, 2005, p. 701 ss. anche per i profili, che in questa sede non vengono esaminati, relativi all'eventuale diritto individuale al risarcimento fondato su disposizioni del diritto interno tedesco e alle iniziative di quel Governo (quali la promulgazione di una legge federale che istituisce la Fondazione *Responsabilità, Memoria e Futuro*) miranti a riparare i pregiudizi causati dallo Stato nazista.

⁹¹ In argomento v., in generale, P. D'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public. La responsabilité des Etats à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 1^a ed. Sul punto, v. pure A. GATTINI, *Le riparazioni di guerra*, cit. *supra*, nota 8, p. 648 ss. Tutta da verificare, peraltro, è la corrispondenza dell'ammontare del risarcimento corrisposto ai criteri indicati nei *Basic Principles and Guidelines*, cit. *supra*, nota 4, in cui, al par. 15 (parte IX *Reparation for Harm Suffered*) si afferma che «reparation should be proportional to the gravity of the violations and the harm suffered (...) [it shall be] adequate, effective and prompt».

rights or obligations arising under domestic or international law», è da intendersi nel senso del primato delle regole in materia d'immunità sul diritto ad un ricorso individuale⁹². Considerazioni analoghe possono essere svolte, *mutatis mutandis*, con riguardo all'art. 91 del I Protocollo addizionale la cui formulazione quasi identica all'art. 3 della IV Convenzione dell'Aja manifesta l'intento di ribadire la portata escludendo quindi che i singoli possano farvi ricorso per domandare riparazione⁹³. A conferma di tale impostazione, giova ricordare che le quattro Convenzioni di Ginevra contengono identiche disposizioni miranti ad escludere la possibilità per gli Stati di evitare le conseguenze derivanti dalla violazione di norme che tutelano le persone protette⁹⁴: la *ratio* di tali disposizioni mira quindi a rimediare all'inidoneità dell'art. 3 della IV Convenzione dell'Aja ad essere invocato direttamente dai singoli, vietando agli Stati di «absolve itself or any other High Contracting Party of any liability incurred by itself or by another High Contracting Party in respect of breaches»⁹⁵. Pertanto, l'affermazione contenuta nel rapporto della Commissione d'inchiesta sul Darfur secondo cui «serious violations of international humanitarian law (...) can entail (...) the international responsibility of the State (which) involves that the State (...) must pay compensation to the victim»⁹⁶, obbligo corrispondente al diritto individuale ad un rimedio effettivo che comprende anche il diritto al risarcimento e che si è affermato in via definitiva grazie all'emergere progressivo dell'individuo sul piano internazionale deve intendersi come non del tutto suffragata dalla prassi⁹⁷. In ragione di ciò, devono essere, se del caso, accolte con favore le proposte di coloro che mira-

⁹² Così P. D'ARGENT, *Le droit de la responsabilité internationale complété? Examen des Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et des violations graves du droit international humanitaire*, in *Annuaire français de droit international [AFDI]*, 2005, p. 27 ss. Secondo l'A., dalla violazione del già citato obbligo di «respect, ensure respect for and implement» il diritto internazionale umanitario, trae origine il diritto alla riparazione: «c'est parce que le droit à la réparation existe comme droit individuel en conséquence de la violation de l'obligation de respecter le droit qu'un recours effectif dans les ordres juridiques internes doit être disponible pour en assurer la jouissance» (p. 43).

⁹³ *Contra*, R. PISILLO MAZZESCHI, *Reparation Claims by Individuals*, cit. *supra*, nota 88, p. 341-342 il quale, basandosi sui lavori preparatori di tali disposizioni sostiene l'intenzione delle Parti contraenti di attribuire anche agli individui il diritto di ottenere riparazione.

⁹⁴ Si tratta degli artt. 51 (I), 52 (II), 131 (III) e 148 (IV).

⁹⁵ Sul punto, cfr. J. PICTET (a cura di), *Commentaire de la IV Convention de Genève*, Genève, CICR, 1956, 1^a ed., p. 645, citato in A. GATTINI, *To What Extent*, cit. *supra*, nota 8, p. 351.

⁹⁶ *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004*, Geneva 25-1-2005, in www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf. Sul punto, cfr. pure C. TOMUSCHAT, *Darfur - Compensation for the Victims*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 579 ss. che ritiene inesistenti, nel diritto internazionale attuale, norme attributive di un diritto individuale al risarcimento.

⁹⁷ Per un tale approccio, cfr. J. M. HENKAERTS - L. DOSVALD-BECK (a cura di), *International Humanitarian Law*, I, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 1^a ed., p. 537 ss. *Contra*, N. RONZITTI, *Recensione*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 304 ss. e ID. *Access to Justice and Compensation*, cit. *supra*, nota 39, p. 133.

no ad una modifica del quadro normativo esistente, piuttosto che desumere posizioni giuridiche soggettive di vantaggio da norme che, viceversa, non sembrano al momento consentirlo⁹⁸.

5. Conclusioni

La sentenza della Grande Camera non prende posizione in maniera inequivoca sulla natura degli artt. 3 della IV Convenzione dell'Aja e 91 del I Protocollo⁹⁹, il che di certo non contribuisce all'affermazione di un'eventuale norma consuetudinaria idonea, alla luce della progressiva affermazione dell'individuo sul piano internazionale, a conferire a tale soggetto un diritto di ottenere riparazione direttamente dallo Stato autore della violazione di norme di diritto internazionale umanitario vuoi in esecuzione di un obbligo internazionale, vuoi in virtù di disposizioni del proprio diritto interno¹⁰⁰.

Si può quindi ritenere che con la propria pronuncia la Corte di Strasburgo abbia mancato una doppia occasione: limitare il ricorso alla dottrina dell'«atto politico», il cui ambito d'applicazione risulta pertanto confermato, e partecipare autorevolmente al dibattito sulla diretta applicabilità degli artt. 3 della IV Convenzione dell'Aja e dell'art. 91 del I Protocollo addizionale, soffermandosi ad esempio sulla portata di tale ultima disposizione alla luce di un'eventuale «liability» per violazione delle norme di diritto internazionale umanitario

⁹⁸ Per sopperire all'assenza di meccanismi giurisdizionali o quasi giurisdizionali idonei ad attribuire alla vittima di violazioni di norme di diritto internazionale umanitario un diritto procedurale per accertare tali violazioni, è stata proposta l'adozione di un Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949 che preveda una procedura di ricorso individuale che sfoci in una decisione obbligatoria. Cfr. J. KLEFFNER, *Improving Compliance with International Humanitarian Law through the Establishment of an Individual Complaints Procedure*, in *Leiden Journal of International Law* [LJIL], 2002, p. 237 ss. e J. KLEFFNER - L. ZEGVELD, *Establishing an Individual Complaints Procedure for Violations of International Humanitarian Law*, in *Yearbook of International Humanitarian Law* [YIHL], 2000, p. 384 ss. Tuttavia, questa proposta sembra trascurare il dato di fatto che Stati di primaria importanza, coinvolti in operazioni belliche, non sono parti ai Protocolli addizionali alle Convenzioni e dimostrano in genere forte riluttanza a sottoporsi a procedimenti di controllo promossi da individui, siano essi giurisdizionali o quasi giurisdizionali (*in primis*, gli Stati Uniti).

⁹⁹ Se, infatti, per un verso la Corte afferma esplicitamente che «it is not its role to express any view on the applicability of the 1977 Protocol», per altro verso, ed in relazione all'affermazione della Corte di cassazione secondo cui le norme contenute nel I Protocollo disciplinano solo relazioni interstatuali, essa sostiene che «th[is] statement (...) is true» (par. 109).

¹⁰⁰ Viceversa, una presa di posizione della Corte su un punto tanto delicato avrebbe di certo contribuito a valutare in modo compiuto talune posizioni espresse in dottrina circa il fondamento del diritto al risarcimento del danno; in particolare qualora la Corte di Strasburgo avesse escluso la rilevanza della dottrina dell'atto politico e accertato la violazione dell'art. 6, I della CEDU si sarebbe probabilmente anche potuto sostenere che il diritto al risarcimento del danno sarebbe risultato dall'adattamento dell'ordinamento italiano che prevede all'art. 2043 c.c. il diritto al risarcimento del danno, a quella norma internazionale che proibisce le gravi violazioni dei diritti umani. Cfr., *mutatis mutandis*, le considerazioni di A. GIANELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati*, cit. *supra*, nota 7, p. 677. L'A., peraltro, non nasconde le difficoltà legate sia alla rilevazione di una norma consuetudinaria che colleghi alle gravi violazioni il diritto individuale al risarcimento nei confronti dello Stato, sia alla presenza di norme interne attuative di obblighi internazionali.

commesse da membri delle forze armate di una Parte contraente, idonea a far sorgere un obbligo di *compensate* anche in favore della vittima di tale condotta, e non solo rispetto allo Stato di appartenenza¹⁰¹. Se limitatamente a questo profilo è possibile ritenere che la Corte europea non abbia voluto assumere una posizione di deciso *favor* nei confronti di istanze individuali miranti al riconoscimento di forme risarcitorie le cui pretese non appaiono ancora sufficientemente radicate nell'ordinamento giuridico internazionale attuale, sorprende per contro l'accoglimento *in toto* della difesa del Governo italiano incentrata sull'assoluta insindacabilità di atti connessi all'esercizio di funzioni sovrane. Nel ragionamento della Corte desta forte preoccupazione l'assenza di un solido impianto concettuale idoneo a giustificare la compressione delle garanzie previste dall'art. 6.

A differenza infatti del citato caso *Al-Adsani* dove la Corte, interpretando l'art. 6 CEDU alla luce delle pertinenti regole di diritto internazionale ex art. 31, par. 3, lett. *c.* della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati¹⁰², ha ammesso che le limitazioni alle garanzie sancite in quella disposizione si giustificassero alla luce delle norme vigenti in materia d'immunità, nel caso *Marković* la Corte non ha ritenuto di dovere fare ricorso né ai propri precedenti giurisprudenziali né a norme giuridiche internazionali per avallare il riconoscimento *de facto* di una vera e propria immunità dello Stato rispetto ad atti che, se pure espressione di funzioni politiche, risultano comunque pregiudizievoli di interessi individuali quando non addirittura in violazione di diritti garantiti. Non si può certo sostenere che la protezione dei diritti della persona umana ne esca rafforzata; ed è anzi auspicabile un ripensamento di un tale approccio sì da pervenire ad un definitivo superamento di impostazioni fondate su dottrine (quali quella dell'«atto politico») la cui applicazione può risolversi nella compressione ingiustificata di diritti della persona umana.

Claudio Di Turi*

¹⁰¹ Y. SANDOZ - C. SWINARSKI - B. ZIMMERMANN (a cura di), *Commentary on the Additional Protocol of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, ICRC, 1987, 1^a ed., p. 1056-1057, citato in L. ZEGVELD, *Remedies for victims of violations of international humanitarian law*, *IRRC*, 2003, p. 497, p. 506, nota 34.

¹⁰² Per una valutazione dell'impiego di questa disposizione al fine di garantire «coerenza sistemica» del diritto internazionale, cfr. M. DISTEFANO, *Immunità degli Stati e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: coerenza sistemica e garanzie di non impunità*, in A. LANCIOTTI - A. TANZI (a cura di), *Le immunità nel diritto internazionale. Temi scelti*, Torino, Giappichelli, 2007, 1^a ed., p. 117 ss.

* Ricercatore di Diritto Internazionale / Università degli Studi della Calabria.

IL PROTOCOLLO SUI PRIVILEGI E SULLE IMMUNITÀ DELLE ISTITUZIONI COMUNITARIE SI ESTENDE AL CENTRO DI ISPRA: ILLEGITTIMITÀ DELLA ATTIVITÀ ISPETTIVA NON AUTORIZZATA DALLA CORTE DI GIUSTIZIA E CONSEGUENTE INUTILIZZABILITÀ DEL VERBALE DI ACCERTAMENTO

Tribunale di Varese

Sentenza del 19 aprile-1° giugno 2007 n. 150/07*

Comunità europea c. Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro (INAIL) e Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS)

Art. 1 Protocollo sui privilegi e sulle immunità dell'Euratom - Art. 1, all. F. l. n. 906 del 1960 - Principio di inviolabilità ed esonero da perquisizione e da provvedimenti di coercizione amministrativa o giudiziaria - Accertamento tributario - Attività ispettiva nel Centro Comune di Ricerca della Commissione europea - Accesso e acquisizione di documentazione e dati - Assenza di previa autorizzazione della Corte di giustizia - Illegittimità dell'ispezione - Inutilizzabilità del verbale di accertamento.

(...) ex art. 1, all. F, della l. n. 906/60 - Approvazione ed esecuzione dell'Accordo tra il Governo italiano e la Commissione europea dell'energia atomica (Euratom) per l'istituzione di un Centro Comune di Ricerche nucleari di competenza generale, concluso in Roma il 22 luglio 1959 – «L'inviolabilità, l'esenzione da perquisizioni, requisizioni, confisca o espropriazione e l'immunità da qualsiasi provvedimento di coercizione amministrativa o giudiziaria senza autorizzazione della Corte di giustizia delle Comunità europee, si applicano al Centro quale e definito, individuato e recintato come indicato dalle tavole descrittive, nella pianta e documenti figuranti all'allegato 1 che fa parte integrante del presente Accordo (...)».

L'attività posta in essere dagli ispettori INPS, andata ben oltre i limiti della richiesta inoltrata dai responsabili del Centro di Ricerche, può senza dubbio essere ricondotta al concetto di attività ispettiva caratterizzata dal fatto di esse-

* In argomento v. *infra*, p. 549 ss., il commento di *RENZO ROSSOLINI*.

re stata posta in essere da un soggetto (l'INPS) munito di particolari poteri autoritativi, nei confronti di un soggetto che si trova in posizione di soggezione.

Poiché la suddetta attività di coercizione amministrativa è stata posta in essere in violazione dell'art. 1, all. F. della l. n. 906/60, la stessa deve essere dichiarata illegittima con conseguente sua inutilizzabilità per fondare la pretesa contributiva.

(Omissis) In diritto

Al fine di inquadrare la vicenda alla base delle controversie scaturite in ordine alla debenza o meno di pretese contributive azionate dall'INAIL e dall'INPS nei confronti della Commissione europea, occorre premettere quanto segue.

In data 18 aprile 2002 il Centro Comune di Ricerca della Commissione europea inoltrava richiesta scritta all'INPS (sede di Varese) dichiarando la propria intenzione – per ragioni di uniformità con gli altri Agenti Ausiliari, sottoposti alla legislazione previdenziale di altri Stati membri, e pur in assenza di uno specifico obbligo di legge in tal senso – di procedere al versamento della contribuzione per la disoccupazione a favore dei propri Agenti Ausiliari che avevano optato per l'iscrizione all'INPS. A seguito della richiesta di cui sopra, in data 21 gennaio 2003 ispettori INPS si recavano presso il suddetto Centro di Ispra ove, senza limitarsi ad espletare quanto necessario per addivenire alla quantificazione dei contributi facoltativi di disoccupazione, acquisivano dati e documentazione per la successiva redazione del verbale di accertamento 24 febbraio 2003, n. 507. Con esso venivano richiesti al Centro medesimo contributi previdenziali in relazione agli Agenti Ausiliari iscritti all'INPS ma non relativamente alla disoccupazione, bensì all'assicurazione obbligatoria, per un importo complessivo di € 1.246.299= per contributi IVS dovuti al FPLD e somme aggiuntive con riferimento al periodo gennaio 1998-dicembre 2002.

Ritenendo illegittima l'attività espletata dagli ispettori siccome eseguita in assenza di preventiva autorizzazione da parte della Corte di giustizia (e quindi in contrasto con l'art. 1 del Protocollo sui privilegi e sull'immunità delle Comunità europee e con la legge 1 agosto 1960, n. 906) e ritenuta in ogni caso infondata nel merito la pretesa azionata dall'INPS, in data 24 marzo 2003 la Commissione europea proponeva ricorso amministrativo che non veniva accolto.

Con lettera pervenuta in data 18 giugno 2004 l'INAIL, sulla base delle risultanze del verbale di accertamento dell'INPS, ha a sua volta chiesto alla Commissione il pagamento di premi per € 57.208,61, con riserva di iscrizione a ruolo in caso di mancato pagamento.

Premessi i fatti sopra riassunti, deve evidenziarsi come, radicando i giudizi riuniti nei confronti dell'INAIL e dell'INPS, la Commissione europea abbia chiesto al Giudice del Lavoro del Tribunale di Varese di accertare l'illegittimità dell'ispezione e comunque l'infondatezza dei diritti di credito vantati dagli Istituti previdenziali previa, se del caso, remissione di eventuali questioni riguardanti l'interpretazione di disposizioni comunitarie alla Corte di giustizia delle Comunità europee.

Ritiene lo scrivente Giudice che, non essendo contestati i fatti alla base della controversia (provati attraverso copiosa produzione documentale), la causa sia matura per la decisione senza necessità di remissione di quesiti alla Corte di giustizia (strumento

che il Giudice può azionare, come illustrato nella nota n. 2005/C 143/01 pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea* dell'11 giugno 2005, qualora lo «ritenga necessario ai fini della soluzione di una controversia ad esso sottoposta»).

Risulta pacifico in causa che l'attività posta in essere dagli ispettori dell'INPS abbia avuto origine dalla richiesta, inoltrata dalla Commissione europea – Centro Comune di Ricerca di Ispra – alla sede INPS di Varese in data 18 aprile 2002, di porre a carico della Commissione stessa – e a favore degli Agenti Ausiliari assicurati presso l'istituto previdenziale italiano – anche i contributi DS (quelli c.d. di disoccupazione, non obbligatori in base allo Statuto applicabile ai Funzionari ed Agenti Ausiliari CE e alla Circolare INPS n. 102 dell'11 aprile 1995).

È altrettanto pacifico che, una volta ricevuta la richiesta di cui sopra, in data 21 marzo 2003 gli ispettori INPS si sono recati presso il Centro Comune di Ricerca di Ispra e hanno svolto accertamenti amministrativi ai sensi delle vigenti norme sulle assicurazioni sociali obbligatorie (art. 5 della legge 22 luglio 1961 n. 628 e art. 3 l. 11 novembre 1983 n. 638), accertamenti conclusi successivamente con la redazione del verbale di accertamento n. 507 Isp. In tale verbale, dopo aver premesso che trattasi di accertamento riferito alla posizione assicurativa degli Agenti Ausiliari delle Comunità europee che hanno optato per l'applicazione della legislazione previdenziale italiana, gli ispettori hanno contestato al datore di lavoro di non aver esposto sui prospetti paga alcune somme erogate ai suddetti Agenti a titolo di indennità pecuniarie (di prima sistemazione, giornaliera, disponibilità a domicilio, forfetaria, di missione), con la conseguenza che tali somme risultano completamente esenti da contributi.

Poiché le varie indennità percepite devono essere, in base alle norme in materia di assicurazione obbligatoria, considerate per il calcolo dell'imponibile contributivo ed assoggettate alla normale contribuzione (art. 12 L. n. 153/69 e successive modificazioni), gli ispettori hanno non solo diffidato l'azienda a ricompensare, per il futuro, nell'imponibile contributivo le indennità corrisposte agli Agenti, ma hanno altresì provveduto alla quantificazione dell'ammontare delle inadempienze accertate, con invito a procedere alla regolarizzazione nel termine di trenta giorni e con espresso avvertimento che, in caso di mancato rispetto del termine, l'Istituto avrebbe potuto dar corso all'azione coattiva per il recupero del credito ricorrendo, ove necessario, all'iscrizione a ruolo dell'importo dovuto (ciò che è poi avvenuto sia da parte dell'INAIL che da parte dell'INPS e che ha originato le cause di opposizione a ruolo esattoriale rubricate con i nn. R.G. 193/05 e 202/05).

Prima di entrare nel merito delle questioni sottoposte all'attenzione del Tribunale con riferimento a quale sia la base contributiva da prendere in considerazione per gli Agenti Ausiliari – e quindi di affrontare la questione se sussista un credito a favore degli Istituti previdenziali italiani – occorre affrontare la questione della liceità e/o legittimità, o meno, dell'attività ispettiva compiuta dall'INPS, tenuto conto della particolare situazione di "extraterritorialità" che regola il Centro di Ispra.

Invero, ai sensi dell'art. 1 del Protocollo 8 aprile 1965 sui privilegi e sulle immunità delle istituzioni comunitarie e della legge 1° agosto 1960, n. 906, All. F, art. 1 – tale Centro è inviolabile ed esente da perquisizioni e da qualsiasi provvedimento di coercizione amministrativa, salvo preventiva autorizzazione della Corte di giustizia.

Sostiene la Comunità europea che, in virtù di tale norma, l'ispezione eseguita dagli ispettori INPS è illecita e illegittima non solo sotto il profilo che nessuno presso il Cen-

tro avrebbe potuto autorizzare un accesso ispettivo – essendo ciò riservato esclusivamente alla competenza della Corte di giustizia – ma, anche in considerazione del fatto che l'accesso è stato in ogni caso consentito solo allo scopo di quantificare i contributi DS e non certo per subire un controllo sull'intera posizione contributiva e verificare cioè il rispetto o meno del regolare versamento di contributi obbligatori.

Ritiene il Tribunale di Varese che l'attività ispettiva posta in essere dai funzionari INPS sia effettivamente illegittima perché priva dell'autorizzazione della Corte di giustizia, con conseguente sua inutilizzabilità per fondare la pretesa contributiva azionata dall'INPS e dall'INAIL.

Non è condivisibile la tesi, sostenuta sia dalla difesa dell'INAIL che dalla difesa INPS, secondo cui alcun atto coercitivo è stato posto in essere dagli ispettori.

Innanzitutto è bene premettere come ex art. 1, all. F, della l. n. 906/60 - Approvazione ed esecuzione dell'Accordo tra il Governo italiano e la Commissione europea dell'energia atomica (Euratom) per l'istituzione di un Centro Comune di Ricerche nucleari di competenza generale, concluso in Roma il 22 luglio 1959 – «L'inviolabilità, l'esenzione da perquisizioni, requisizioni, confisca o espropriazione e l'immunità da qualsiasi provvedimento di coercizione amministrativa o giudiziaria senza autorizzazione della Corte di giustizia delle Comunità europee, si applicano al Centro quale è definito, individuato e recintato come indicato dalle tavole descrittive, nella pianta e documenti figuranti all'allegato 1 che fa parte integrante del presente Accordo (...)».

L'attività posta in essere dagli ispettori INPS, andata ben oltre i limiti della richiesta inoltrata dai responsabili del Centro di Ricerche, può senza dubbio essere ricondotta al concetto di attività ispettiva caratterizzata dal fatto di essere stata posta in essere da un soggetto (l'INPS) munito di particolari poteri autoritativi, nei confronti di un soggetto che si trova in posizione di soggezione.

Ciò si evince non solo dal fatto che gli ispettori hanno espressamente dato atto di aver condotto gli accertamenti amministrativi ai sensi delle vigenti norme sulle assicurazioni sociali obbligatorie (art. 5 l. n. 628/61 e art. 3 l. n. 638/1983), ma anche dal fatto che si è espressamente minacciata la possibilità di sanzionare (mediante comminatoria di sanzione amministrativa) l'eventuale mancata ottemperanza ad un ordine impartito alla controparte. Come si evince dal doc. 4 fasc. INPS (copia verbale di accertamento del 17 dicembre 2002) gli ispettori verbalizzanti si sono invero avvalsi del potere coercitivo loro attribuito dalla legge per ottenere l'esibizione dei documenti entro un certo termine, necessari per le verifiche di cui al verbale di accertamento di cui si discute. Il carattere coercitivo della richiesta è espressamente desumibile dal fatto che nel modulo utilizzato per ottenere l'esibizione dei documenti (libro paga e matricola, copia dei modd. DM 10/2 ed S, copia dei modd. 01/M e 03/M) si precisa che «(...) non ottemperando a quanto sopra saranno applicate le sanzioni previste dall'art. 3, comma III, l. n. 638/83».

Poiché la suddetta attività di coercizione amministrativa è stata posta in essere in violazione dell'art. 1, all. F, della l. n. 906/60, la stessa deve essere dichiarata illegittima [*rectius*: illegittima *n.d.r.*]. Secondo l'insegnamento della Suprema Corte (cfr. sentenza n. 1699/05) alla dichiarazione di illegittimità dell'attività ispettiva posta in essere consegue la dichiarazione di inutilizzabilità del verbale redatto in conseguenza della stessa. Il principio è stato ribadito anche in materia tributaria; la Suprema Corte, con sentenza n. 19689/04, dopo aver affermato che «sono inutilizzabili a sostegno dell'accertamento tributario i dati acquisiti dall'amministrazione finanziaria a seguito di ac-

cesso non autorizzato legittimamente dal Procuratore della Repubblica» (e cioè, come nel caso di specie, in assenza della preventiva autorizzazione del soggetto detentore del potere di disporre l'accertamento), ha aggiunto altresì che «in tema di accertamento tributario, il consenso del contribuente – che comunque non può essere ravvisato nella mera mancata opposizione – non vale a rendere legittimo l'accesso operato fuori delle previsioni legislative». La Cassazione (Cass. 16424/02) ha altresì chiarito che, l'inutilizzabilità non abbisogna di un'espressa disposizione sanzionatoria, derivando dalla regola generale secondo cui l'assenza del presupposto di un procedimento amministrativo infirma tutti gli atti nei quali si articola e che l'acquisizione di un documento con violazione di legge non può rifluire a vantaggio del detentore, che sia l'autore di tale violazione, o ne sia comunque direttamente od indirettamente responsabile.

L'accertamento dell'illegittimità dell'attività ispettiva compiuta dall'INPS e di cui al verbale n. 507 del 24 febbraio 2003 con conseguente inutilizzabilità della stessa per fondare la pretesa contributiva rende superflua ogni ulteriore valutazione circa il merito delle pretese creditorie avanzate.

La particolarità delle questioni trattate e la mancata trattazione del merito della controversia, giustificano l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

(*Omissis*)

L'IMMUNITÀ DEL CENTRO DI ISPRA DAI PROVVEDIMENTI DI COERCIZIONE AMMINISTRATIVA

Sommario: 1. *L'immunità del Centro di Ispra* - 2. *L'individuazione dei provvedimenti di coercizione amministrativa* - 3. *Conclusioni*.

1. L'immunità del Centro di Ispra

Con sentenza 19 aprile 2007 n. 150 il Tribunale di Varese in funzione di giudice del lavoro, accoglieva i ricorsi presentati dalla Commissione e, conseguentemente, respingeva le pretese dell'INAIL relative al versamento di contributi per l'assicurazione obbligatoria degli agenti ausiliari del Centro di Ispra¹.

¹ La circostanza che la Commissione fosse parte della controversia non incide, secondo l'art. 155 del Trattato Euratom (analogo all'art. 240 del Trattato Ce), sull'esistenza della giurisdizione italiana. Problemi delicati si pongono, al riguardo, soprattutto allorché si tratti di valutare non già, come nella fattispecie, la legittimità di un provvedimento nazionale, ma di un atto o comportamento imputabile alla Comunità. Occorre, infatti, distinguere gli aspetti pubblicistici di tale azione, sottoposti alla competenza dei giudici comunitari, da quelli privatistici, per i quali resta ferma la competenza dei giudici nazionali. Cfr. L. FUMAGALLI, *Art. 240*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 241. Per una particolare fattispecie relativa all'aggiudicazione di un appalto lavori presso il Centro di Ispra v. sent. TAR Lombardia, sez. III, del 3 luglio 2003 n. 3554. Su tale questione v., altresì, la decisione 24 febbraio 2003 del Mediatore europeo sulla denuncia 1368/2002/IP contro la Commissione europea.

In questa località, come è noto, è ubicata una delle sedi in cui la Commissione ha istituito e gestisce, in virtù dell'art. 8 del Trattato Euratom, l'attività del Centro comune di ricerche nucleari.

Il trasferimento del Centro di Ispra all'Euratom è stato disposto, per una durata di novantanove anni dalla data della sua entrata in vigore, dall'accordo tra Italia e Commissione Euratom firmato a Roma il 22 luglio 1959, approvato e reso esecutivo con legge 1° agosto 1960 n. 906.

L'allegato F all'accordo stabiliva, così come previsto dall'art. 8 del patto, le modalità di applicazione al Centro di Ispra del Protocollo sui privilegi ed immunità dell'Euratom. In particolare l'art. 1 dell'Allegato F estende al Centro le immunità previste dall'art. 1 del Protocollo, concernenti le sedi ed i beni dell'Euratom². Pertanto il Centro di Ispra, così come individuato dall'accordo del 1959, gode dell'immunità dei locali da perquisizioni, requisizioni, confische ed espropriazioni, nonché dell'immunità da qualsiasi provvedimento di coercizione amministrativa o giudiziaria senza autorizzazione della Corte di giustizia.

La norma richiamata ha assunto, nella fattispecie di causa, valore decisivo in quanto le pretese creditorie dell'INAIL si fondavano su un verbale dell'INPS, a sua volta redatto in base alle verifiche degli ispettori dell'Ente previdenziale condotte nel Centro di Ispra senza che fosse intervenuta alcuna autorizzazione.

2. L'individuazione dei provvedimenti di coercizione amministrativa

Per definire la controversia occorre stabilire, in primo luogo, se l'attività di accertamento svolta dall'INPS rientrasse nell'ambito dell'immunità dai provvedimenti di coercizione amministrativa.

La risposta al quesito fornita dal Tribunale di Varese è condivisibile allorché ritiene che l'immunità non operi soltanto per il provvedimento finale col quale la competente autorità amministrativa nazionale impone un particolare adempimento alle istituzioni comunitarie, ma anche per gli atti che fanno parte del procedimento previsto o necessario per la sua emanazione.

L'individuazione del carattere coercitivo degli atti prodromici a quello finale è stata peraltro desunta dal Tribunale di Varese in relazione alla natura dei provvedimenti posti in essere che, nella fattispecie, consistevano – tra l'altro – in ordini di esibizione di documenti e comportavano la minaccia di sanzioni amministrative. Tale nozione di provvedimento coercitivo parrebbe

² Secondo le conclusioni dell'Avvocato Generale K. Roemer del 23 ottobre 1968 nella causa n. 2/68, *Ufficio Imposte di Consumo di Ispra c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1968, p. 593, l'allegato F dell'accordo del 22 luglio 1959 concluso tra l'Italia e la Commissione Euratom, pone norme speciali rispetto al Protocollo sui privilegi ed immunità dell'Euratom che prevalgono in «caso di dubbio».

peraltro superata dalla giurisprudenza comunitaria che all'uopo fa riferimento non tanto alla natura dell'atto procedimentale, quanto a quella dell'atto finale alla cui adozione è preordinato.

Sono stati, infatti, ritenuti coercitivi anche meri accertamenti o giudizi tecnici che costituivano il necessario presupposto per la successiva adozione di atti coercitivi³.

L'immunità, quindi, riguarda sia i provvedimenti amministrativi che impongono all'istituzione competente un'attività esecutiva che incide sui beni della Comunità, sia le attività amministrative necessarie per il raggiungimento di tale risultato.

Indipendentemente da quanto rilevato dal Tribunale di Varese, gli accertamenti ispettivi posti in essere non potevano, quindi, essere liberamente svolti poiché funzionali alla richiesta dell'INAIL alla Commissione di versare, sotto pena della loro iscrizione a ruolo, i contributi per l'assicurazione obbligatoria degli agenti temporanei del Centro di Ispra.

3. Conclusioni

L'immunità dai provvedimenti di coercizione amministrativa opera di diritto e viene meno o in virtù dell'autorizzazione rilasciata dalla Corte di giustizia, che valuta se essi compromettono il funzionamento, l'indipendenza o la sicurezza del Centro di Ispra; o in base alla rinuncia, che può essere espressa ovvero desunta da comportamenti concludenti, della Commissione⁴.

L'autorizzazione o la rinuncia a far valere l'immunità comporta, qualora necessario, anche il diritto dell'autorità amministrativa ad introdursi nel Centro di Ispra per svolgervi la propria attività⁵.

In effetti la Commissione aveva chiesto all'INPS di poter procedere al versamento della contribuzione per la disoccupazione agli agenti ausiliari del Centro di Ispra. Perciò era plausibile ritenere che essa avesse anche rinunciato, implicitamente, all'immunità per l'esecuzione di atti necessari per quantificare l'ammontare dei contributi suddetti.

³ La Corte di giustizia, con ordinanza del 10 dicembre 1968 in causa n. 2/68, *Ufficio imposte di consumo di Ispra c. Commissione*, in *Raccolta*, 1968, p. 579 ss., ha ritenuto che l'accertamento tecnico dei materiali impiegati per la costruzione di edifici sul Centro di Ispra costituisse un atto amministrativo coercitivo in quanto rappresentava la «fase preliminare dell'imposizione di un tributo locale».

⁴ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 1993 in causa n. C-182/91, *Forafrique c. Commissione*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 2161 ss.; ordinanza della Corte di giustizia del 24 novembre 2005 in causa n. C-5/05 SA, *do Nascimento c. Commissione* (in <http://curia.europa.eu/jurisp>).

⁵ Così C. SCHMIDT, *Le protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes. Commentaire de l'article 218 du Traité de Rome et de l'article 28, premier alinéa, du traité de fusion*, in *Cah. dr. eur.*, 1991, p. 70.

Non era, invece, intervenuta alcuna autorizzazione o rinuncia per lo svolgimento di attività ispettive relative all'accertamento dei contributi per l'assicurazione obbligatoria. Queste, quindi, sono state ritenute illegittime, con la conseguente inutilizzazione delle stesse per fondare la pretesa contributiva dell'INAIL.

Renzo Rossolini

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

DISCIPLINA DEI CONFLITTI DI INTERESSE NEL MERCATO MOBILIARE E OBBLIGHI COMPORTAMENTALI DELL'INTERMEDIARIO

I

Direttiva n. 2004/39/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive n. 85/611/Cee e n. 93/6/Cee del Consiglio e la direttiva n. 2000/12/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva n. 93/22/Cee del Consiglio*

(Omissis)

Titolo II - Condizioni per l'autorizzazione e l'esercizio delle attività applicabili alle imprese di investimento

(Omissis)

Capo II - Condizioni di esercizio applicabili alle imprese di investimento

Sezione 1 - Disposizioni generali

(Omissis)

Articolo 18 - Conflitti di interesse

1. Gli Stati membri prescrivono che le imprese di investimento adottino ogni misura ragionevole per identificare i conflitti di interesse che potrebbero insorgere

* In *Gu-Ue* n. L 145 del 30 aprile 2004, p. 1 ss. La direttiva n. 2004/39/Ce è stata modificata dalla direttiva n. 2006/31/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2006, in *Gu-Ue* n. L 114 del 27 aprile 2006, p. 60; dalla direttiva n. 2007/44/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 settembre 2007, in *Gu-Ue* n. L 247 del 21 settembre 2007, p. 1 ss. e dalla direttiva n. 2008/10/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2008, in *Gu-Ue* n. L 76 del 19 marzo 2008, p. 33 ss. (*n.d.r.*). In argomento v. *infra*, p. 561 ss., il commento di FABRIZIO VISMARA.

tra tali imprese, inclusi i dirigenti, i dipendenti e gli agenti collegati o le persone direttamente o indirettamente connesse e i loro clienti o tra due clienti al momento della prestazione di qualunque servizio di investimento o servizio accessorio o di una combinazione di tali servizi.

2. Quando le disposizioni organizzative o amministrative adottate dall'impresa di investimento a norma dell'art. 13, par. 3 per gestire i conflitti di interesse non sono sufficienti per assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato, l'impresa di investimento informa chiaramente i clienti, prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti di tali conflitti di interesse.

3. Per tenere conto dell'evoluzione dei mercati finanziari sotto il profilo tecnico e garantire l'applicazione uniforme dei par. 1 e 2, la Commissione adotta¹ misure di esecuzione volte a:

a. definire le misure che si può ragionevolmente richiedere alle imprese di investimento di adottare per rilevare, prevenire, gestire e/o divulgare i conflitti di interesse quando prestano vari servizi di investimento e servizi accessori o una combinazione di entrambi;

b. stabilire opportuni criteri per determinare i tipi di conflitto di interesse la cui esistenza potrebbe ledere gli interessi dei clienti o potenziali clienti delle imprese di investimento.

Le misure di cui al primo comma, intese a modificare elementi non essenziali della presente direttiva completandola, sono adottate secondo la procedura di regolamentazione con controllo di cui all'art. 64, par. 2².

(*Omissis*)

¹ L'inciso «, secondo la procedura di cui all'art. 64, par. 2,» è stato soppresso dall'art. 1, par. 5, lett. a. della direttiva n. 2008/10/Ce, *cit. supra*, in asterisco (*n.d.r.*).

² Comma aggiunto dall'art. 1, par. 5. lett. b. della direttiva n. 2008/10/Ce, *loc. cit.* (*n.d.r.*).

II

Direttiva n. 2006/73/Ce della Commissione del 10 agosto 2006 recante modalità di esecuzione della direttiva n. 2004/39/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i requisiti di organizzazione e le condizioni di esercizio dell'attività delle imprese di investimento e le definizioni di taluni termini ai fini di tale direttiva**

(Omissis)

Capo II - Requisiti di organizzazione

(Omissis)

Sezione 4 - Conflitti di interesse

Articolo 21 *(Art. 13, par. 3, e art. 18 della direttiva n. 2004/39/Ce)*
Conflitti di interesse potenzialmente pregiudizievoli per i clienti

Gli Stati membri assicurano che, come criterio minimo per determinare i tipi di conflitti di interesse che possono insorgere al momento della fornitura di servizi di investimento e accessori o di una combinazione di essi e la cui esistenza può danneggiare gli interessi di un cliente, le imprese di investimento considerino se l'impresa di investimento, un soggetto rilevante o una persona avente un legame di controllo, diretto o indiretto, con l'impresa si trovi in una delle seguenti situazioni, sia a seguito della prestazione di servizi di investimento o accessori o di attività di investimento, sia per altra ragione:

- a.* è probabile che l'impresa o tale soggetto realizzino un guadagno finanziario o evitino una perdita finanziaria, a spese del cliente;
- b.* l'impresa o tale soggetto hanno nel risultato del servizio prestato al cliente o dell'operazione realizzata per conto di quest'ultimo un interesse distinto da quello del cliente;
- c.* l'impresa o tale soggetto hanno un incentivo finanziario o di altra natura a privilegiare gli interessi di un altro cliente o gruppo di clienti rispetto a quelli del cliente interessato;
- d.* l'impresa o tale soggetto svolgono la stessa attività del cliente;
- e.* l'impresa o tale soggetto ricevono o riceveranno da una persona diversa dal

** *Gu-Ue* n. L 241 del 2 settembre 2006, p. 26 ss.

cliente un incentivo, in relazione con il servizio prestato al cliente, sotto forma di denaro, di beni o di servizi, diverso dalle commissioni o dalle competenze normalmente fatturate per tale servizio.

Articolo 22 (*Art. 13, par. 3, e art. 18, par. 1, della direttiva n. 2004/39/Ce*)
Politica di gestione dei conflitti di interesse

1. Gli Stati membri prescrivono alle imprese di investimento di elaborare, applicare e mantenere un'efficace politica di gestione dei conflitti di interesse che deve essere formulata per iscritto ed essere adeguata alle dimensioni e all'organizzazione dell'impresa e alla natura, alle dimensioni e alla complessità della sua attività.

Qualora l'impresa appartenga ad un gruppo, tale politica deve tenere conto anche delle circostanze, di cui l'impresa è o dovrebbe essere a conoscenza, che potrebbero causare un conflitto di interesse risultante dalla struttura e dalle attività degli altri membri del gruppo.

2. La politica di gestione dei conflitti di interesse messa in atto conformemente al par. 1 deve avere il seguente contenuto:

a. deve consentire di individuare, in riferimento ai servizi e alle attività di investimento e ai servizi accessori prestati da o per conto dell'impresa di investimento, le circostanze che generano o potrebbero generare un conflitto di interesse che possa ledere gravemente gli interessi di uno o più clienti;

b. deve definire le procedure da seguire e le misure da adottare per gestire tali conflitti.

3. Gli Stati membri assicurano che le procedure e le misure previste al par. 2, lett. *b.*, siano volte a garantire che i soggetti rilevanti impegnati in varie attività professionali che implicano un conflitto di interesse del tipo specificato al par. 2, lett. *a.*, svolgano dette attività con un grado di indipendenza appropriato per le dimensioni e le attività dell'impresa di investimento e del gruppo cui essa appartiene e per la rilevanza del rischio che gli interessi del cliente siano danneggiati.

Ai fini del par. 2, lett. *b.*, tra le procedure da seguire e le misure da adottare rientrano quelle tra le seguenti che sono necessarie e idonee perché l'impresa garantisca il grado di indipendenza richiesto:

a. procedure efficaci per impedire o per controllare lo scambio di informazioni tra i soggetti rilevanti impegnati in attività che comportino un rischio di conflitto di interesse, quando lo scambio di tali informazioni possa ledere gli interessi di uno o più clienti;

b. la vigilanza separata dei soggetti rilevanti le cui principali funzioni implicino l'esercizio di attività per conto dei clienti o la prestazione di servizi ai clienti i cui interessi possano confliggere, o che rappresentino in altro modo interessi diversi che possono confliggere, ivi compresi quelli dell'impresa;

c. l'eliminazione di ogni legame diretto tra la retribuzione dei soggetti rilevanti che esercitano prevalentemente un'attività e la retribuzione di, o i redditi generati da, altri soggetti rilevanti che esercitano prevalentemente un'altra attività, nel caso in cui possa sorgere un conflitto di interesse in relazione a dette attività;

d. misure miranti a impedire o a limitare l'esercizio da parte di qualsiasi persona di un'influenza indebita sul modo in cui un soggetto rilevante esegue i servizi di in-

vestimento o accessori o le attività di investimento;

e. misure miranti a impedire o a controllare la partecipazione simultanea o consecutiva di un soggetto rilevante a servizi di investimento o accessori o attività di investimento distinti, quando tale partecipazione possa nuocere alla gestione corretta dei conflitti di interesse.

Se l'adozione o l'applicazione di una o più tra le suddette misure e procedure non assicura il grado richiesto di indipendenza, gli Stati membri prescrivono alle imprese di investimento di adottare tutte le misure e procedure alternative o aggiuntive che siano necessarie e appropriate a tali fini.

4. Gli Stati membri assicurano che le informazioni da comunicare ai clienti, in applicazione dell'art. 18, par. 2, della direttiva n. 2004/39/Ce, siano fornite su un supporto durevole e siano sufficientemente dettagliate, considerata la natura del cliente, da consentire a tale cliente di prendere una decisione informata sul servizio di investimento o accessorio, tenuto conto del contesto in cui sorge il conflitto di interesse.

Articolo 23 - (Art. 13, par. 6, della direttiva n. 2004/39/Ce)

*Registro dei servizi o delle attività che danno origine
a conflitti di interesse pregiudizievoli*

Gli Stati membri prescrivono alle imprese di investimento di tenere e aggiornare regolarmente un registro nel quale riportano i tipi di servizi di investimento o accessori o di attività di investimento svolti dall'impresa o per suo conto, per i quali sia sorto, o, nel caso di un servizio o di un'attività in corso, possa sorgere un conflitto di interesse che rischia di ledere gravemente gli interessi di uno o più clienti.

Articolo 24 - (Art. 19, par. 2, della direttiva n. 2004/39/Ce)

Ricerca in materia di investimenti

1. Ai fini dell'art. 25, per «ricerca in materia di investimenti» si intendono ricerche o altre informazioni che raccomandino o suggeriscano, esplicitamente o implicitamente, una strategia di investimento, riguardante uno o diversi strumenti finanziari o gli emittenti di strumenti finanziari, compresi i pareri sul valore o il prezzo attuale o futuro di tali strumenti, destinate a canali di distribuzione o al pubblico, purché siano soddisfatte le seguenti condizioni:

a. esse vengano designate o descritte come ricerca in materia di investimenti o con termini analoghi, o vengano presentate come una spiegazione obiettiva o indipendente delle questioni oggetto della raccomandazione;

b. se la raccomandazione in questione venisse fatta dall'impresa di investimento ad un cliente, non costituirebbe consulenza in materia di investimenti ai fini della direttiva n. 2004/39/Ce.

2. Una raccomandazione del tipo rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 1, punto 3., della direttiva n. 2003/125/Ce, ma relativa agli strumenti finanziari ai sensi della direttiva n. 2004/39/Ce che non soddisfa le condizioni di cui al par. 1, viene trattata come una comunicazione di *marketing* ai fini della direttiva n. 2004/39/Ce e gli Stati membri prescrivono alle imprese di investimento che producono o diffondono la raccomandazione di assicurare che sia chiaramente identificata come tale.

Inoltre gli Stati membri prescrivono a tali imprese di assicurare che le raccomandazioni di questo tipo contengano l'avviso chiaro ed evidente (o, in caso di raccomandazione orale, una dichiarazione avente lo stesso effetto) che non sono state preparate conformemente ai requisiti giuridici volti a promuovere l'indipendenza della ricerca in materia di investimenti e che non sono soggette ad alcun divieto che proibisca le negoziazioni prima della diffusione della ricerca in materia di investimenti.

Articolo 25 - (Art. 13, par. 3, della direttiva n. 2004/39/Ce)

Requisiti di organizzazione supplementari applicabili nel caso in cui un'impresa produca e diffonda ricerca in materia di investimenti

1. Gli Stati membri prescrivono alle imprese di investimento che producono ricerca in materia di investimenti, o dispongono la produzione di ricerca in materia di investimenti, che è destinata ad essere diffusa o sarà probabilmente diffusa successivamente ai loro clienti o al pubblico sotto la loro responsabilità o sotto la responsabilità di un membro del loro gruppo, di assicurare l'attuazione di tutte le misure di cui all'art. 22, par. 3, in relazione agli analisti finanziari coinvolti nella produzione della ricerca in materia di investimenti e ad altri soggetti rilevanti le cui responsabilità o i cui interessi professionali possono confliggere con gli interessi delle persone alle quali la ricerca in materia di investimenti viene diffusa.

2. Gli Stati membri prescrivono alle imprese di investimento che rientrano nell'ambito di applicazione del par. 1 di adottare disposizioni volte ad assicurare che siano soddisfatte le condizioni seguenti:

a. gli analisti finanziari e gli altri soggetti rilevanti non devono realizzare operazioni personali o negoziare, salvo che in qualità di *market maker* agendo in buona fede e nel normale corso del *market making* o in esecuzione di un ordine di un cliente non sollecitato, per conto di qualsiasi altra persona, inclusa l'impresa di investimento, su strumenti finanziari oggetto della ricerca in materia di investimenti o su qualsiasi strumento finanziario correlato, se hanno conoscenza dei tempi o del contenuto probabili di tale ricerca e tali dati non sono accessibili al pubblico o ai clienti e non possono essere facilmente dedotti dalle informazioni disponibili, fino a quando i destinatari della ricerca in materia di investimenti non abbiano avuto ragionevolmente la possibilità di agire sulla base di tale ricerca;

b. nelle situazioni non rientranti nell'ambito di applicazione della lett. a., gli analisti finanziari e gli altri soggetti rilevanti coinvolti nella produzione della ricerca in materia di investimenti non devono realizzare operazioni personali su strumenti finanziari oggetto della ricerca in materia di investimenti o su strumenti finanziari correlati, che siano contrarie alle raccomandazioni correnti, eccetto in circostanze eccezionali e con l'accordo preliminare di un membro del servizio giuridico o della funzione di controllo della conformità dell'impresa;

c. le imprese di investimento stesse, gli analisti finanziari e gli altri soggetti rilevanti coinvolti nella produzione di ricerca in materia di investimenti non devono accettare incentivi da parte di persone aventi un interesse significativo nell'oggetto della ricerca in materia di investimenti;

d. le imprese di investimento stesse, gli analisti finanziari e gli altri soggetti rilevanti coinvolti nella produzione di ricerca in materia di investimenti non devono

promettere agli emittenti un trattamento positivo nella loro ricerca;

e. gli emittenti, i soggetti rilevanti diversi dagli analisti finanziari e qualsiasi altra persona non devono, prima della diffusione della ricerca in materia di investimenti, essere autorizzati ad esaminare un progetto della ricerca in materia di investimenti per verificare l'accuratezza delle asserzioni fattuali contenute in tale ricerca o per altri fini diversi dalla verifica dell'adempimento delle obbligazioni giuridiche dell'impresa, se il progetto include una raccomandazione o un prezzo obiettivo.

Ai fini del presente paragrafo, «strumento finanziario correlato» significa uno strumento finanziario il cui prezzo risente direttamente delle oscillazioni del prezzo di un altro strumento finanziario che è oggetto della ricerca in materia di investimenti ed include un derivato su tale altro strumento finanziario.

3. Gli Stati membri esentano le imprese di investimento, che diffondono al pubblico o ai clienti ricerca in materia di investimenti prodotta da un'altra persona, dall'obbligo di conformarsi al par. 1, se sono soddisfatte le condizioni seguenti:

a. la persona che produce la ricerca in materia di investimenti non deve essere un membro del gruppo al quale appartiene l'impresa di investimento;

b. l'impresa di investimento non deve modificare sostanzialmente le raccomandazioni contenute nella ricerca in materia di investimenti;

c. l'impresa di investimento non deve presentare la ricerca in materia di investimenti come ricerca da essa stessa prodotta;

d. l'impresa di investimento deve verificare che l'autore della ricerca sia soggetto ad obblighi equivalenti a quelli previsti dalla presente direttiva in relazione alla produzione di tale ricerca o abbia adottato linee guida che includono tali obblighi.

(Omissis)

LA NOZIONE DI CONFLITTO DI INTERESSI NEL "SISTEMA" MIFID (DIRETTIVE N. 2004/39/CE E N. 2006/73/CE)

Sommario: 1. *Introduzione ed impostazione del problema* - 2. *I profili in cui si articola la nozione comunitaria di conflitto di interessi e relative implicazioni organizzative* - 3. *Cenni agli obblighi comportamentali a carico dell'intermediario* - 4. *Aspetti peculiari del conflitto d'interessi: la gestione del risparmio* - 5. *Rilievi conclusivi*.

1. Introduzione ed impostazione del problema

Sembra indubitabile che la disciplina dei conflitti di interessi, nelle sue varie articolazioni ed implicazioni, costituisca un momento fondamentale nella protezione del cliente dal rischio di abusi da parte dell'intermediario nella gestione del rapporto¹. Nella complessità del tema è stata peraltro evidenziata l'ambiguità della nozione di interesse, per mancanza di caratterizzazione a livello normativo². Né può sottacersi il fatto che le fattispecie prospettabili ri-

¹ Si veda in proposito CAROZZI, *Disciplina generale del rapporto intermediario-cliente*, in CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, Torino, Utet, 2004, p. 38. Sui conflitti di interessi nei contratti del mercato finanziario cfr. LUMINOSO, *Il conflitto di interessi nel rapporto gestorio*, in GRANELLI - STELLA (a cura di), *Il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e rappresentanza*, Quaderni di giurisprudenza commerciale, Milano, Giuffrè, 2007, p. 42 ss. Sui conflitti di interessi degli intermediari cfr. ENRIQUES, *L'intermediario in conflitto di interessi nella nuova disciplina comunitaria dei servizi di investimento*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 844 ss.; SARTORI, *Il conflitto di interessi tra intermediari e clienti nello svolgimento dei servizi di investimento e accessori: un problema risolto?*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 191 ss. Si veda anche MAFFEIS, *Conflitto di interessi nella prestazione di servizi di investimenti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, II, p. 432 ss.; ID., *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, Milano, Giuffrè, 2002; BOCHICCHIO, *Conflitto d'interessi nella prestazione di servizi finanziari: contributo all'elaborazione dei conflitti d'interessi nei rapporti contrattuali d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2003, p. 777 ss. Più in generale, MASI, *Le condotte illecite degli intermediari finanziari*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 66 ss.; NIGRO, *Intermediari finanziari: problemi e prospettive di disciplina*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, I, p. 490 ss.; MARCHETTI, *L'intermediario di borsa: problemi e controlli*, in *Riv. soc.*, 1987, p. 84 ss.

² Si veda RABITTI, *Il conflitto di interessi tra investitori e brokers-dealers nell'esperienza anglo-americana*, in *Riv. soc.*, 1989, p. 452. È stata del resto prospettata l'opportunità di ricorrere ad un criterio economico al fine di delineare la nozione di interesse dell'investitore ed interesse del broker-dealer (si veda RABITTI, *loc. cit.*), avendo attenzione all'interesse concreto delle parti rispetto all'operazione considerata. Peraltro, una nozione di conflitto di interessi non è ricavabile dall'art. 1394 c.c., in tema di rappresentanza (cfr. STELLA, *Il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e di rappresentanza: principi generali del codice civile e disciplina speciale dei servizi di investimento*, in GRANELLI - STELLA (a cura di), *Il conflitto di interessi*, *loc. cit.*, p. 4.). Va inoltre osservato come sia condiviso che la normativa in materia di servizi di investimento disciplini il conflitto di interessi con regole diverse rispetto a quelle di cui all'art. 1394 c.c. ss. Cfr. NUZZO, *Il conflitto di interessi nei contratti di investimento e gestione patrimoniale*, in GRANELLI - STELLA (a cura di), *Il conflitto di interessi*, *cit. supra*, nota 1, p. 93 ss.

sultino assai variegate, delineandosi, in particolare, ipotesi particolarmente evidenti di conflitto, in cui si collocano le operazioni in contropartita diretta, dove l'intermediario vende al cliente titoli propri o acquistati da soggetti facenti parte dello stesso gruppo³, ed ipotesi meno evidenti, laddove, in particolare, conflitti si prospettano quando l'operazione venga effettuata dal cliente su suggerimento dell'intermediario⁴. In termini generali, può osservarsi come la disciplina dei conflitti di interessi in materia di intermediazione finanziaria tenda alla prevenzione, a tutela dell'interesse del cliente/investitore e della trasparenza del mercato⁵. In tale scenario, emerge una visione del conflitto di interessi volta a censurare il comportamento dell'intermediario che non determini il raggiungimento del risultato migliore per il cliente⁶, essendo esso tenuto a far prevalere l'interesse del cliente sul proprio⁷.

La prospettiva è particolarmente accentuata nella direttiva n. 2004/39/Ce del Parlamento e Consiglio del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari (MIFID), poi modificata dalla direttiva n. 2006/31/Ce del Parlamento e del Consiglio del 5 aprile 2006, nonché nella direttiva n. 2006/73/Ce della Commissione e nel Regolamento n. 1287/2006 della Commissione, del 10 agosto 2006, recanti le modalità di esecuzione della direttiva n. 2004/39/Ce⁸. Nel prendersi atto della presenza dei conflitti di interesse nell'attività delle imprese di investimento, in luogo di una loro eliminazione, si delineano forme di intervento, con particolare riguardo ai profili strutturali ed organizzativi, volte ad assicurare che i conflitti, pur esistenti, non determinino conseguenze pregiudizievoli per il cliente⁹. In tale contesto, il conflitto di in-

³ Cfr. Trib. Milano, 25 luglio 2005, in *Danno e resp.*, 2005, p. 1227.

⁴ Cfr. STELLA, *Il conflitto di interessi*, cit. *supra*, nota 2, p. 11.

⁵ Cfr. NUZZO, *Il conflitto di interessi*, cit. *supra*, nota 2, p. 94. Si veda inoltre BOGONI-TORZO, *La violazione delle disposizioni di cui all'art. 21 del d.lgs n. 58 del 24 febbraio 1998 e degli artt. 26-29 del Regolamento Consob n. 11522 dell'1 luglio 1998: tra nullità e inadempimento del contratto*, in *Foro pad.*, 2006, p. 158 ss.

⁶ È da condividere il rilievo per cui la possibilità di insorgenza di conflitti di interesse dipende dalla quantità di discrezionalità lasciata all'intermediario dall'investitore nell'adempimento dell'incarico. Si veda RABITTI, *Il conflitto di interessi tra investitori*, cit. *supra*, nota 2, p. 453. Come è stato inoltre osservato, nei contratti di investimento il conflitto di interessi dà vita ad un inesatto adempimento, da parte dell'intermediario, in relazione all'obbligo di cura degli interessi del cliente (cfr. art. 21, comma 1, lett. a. Testo unico intermediazione finanziaria ed art. 26, comma 1, Regolamento Consob sugli intermediari). Cfr. LUMINOSO, *Il conflitto di interessi nel rapporto gestorio*, cit. *supra*, nota 1, p. 48.

⁷ Si veda CAROZZI, *Disciplina generale del rapporto intermediario-cliente*, cit. *supra*, nota 1, p. 39.

⁸ In argomento cfr. SCOTTI CAMUZZI, *I conflitti di interessi fra intermediari finanziari e clienti nella direttiva MIFID*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, p. 121 ss. Più in generale, si veda BASTIANON, *L'integrazione dei mercati finanziari in Europa: la MIFID e la recente normativa italiana di recepimento*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 255 ss.

⁹ Tale aspetto emerge, in particolare, alla luce dell'art. 13, par 3, della direttiva MIFID, secondo cui le imprese di investimento mantengono ed applicano disposizioni organizzative e amministrative efficaci al fine di adottare tutte le misure ragionevoli destinate ad evitare che i conflitti d'interesse incidano negativamente sugli interessi dei loro clienti. Diversa quindi la prospettiva rispetto a quella già adottata da l. n. 1/1991, il cui art. 6, lett. g. prevedeva che le società di inter-

teressi rileva in quanto conflitto potenziale tra cliente ed impresa di investimento, quando cioè la sua esistenza possa danneggiare gli interessi del primo. Sicché la politica di gestione da parte delle imprese di investimento deve consentire di individuare, in riferimento ai servizi e alle attività prestate, le circostanze che generino o possano generare forme di conflitto idonee a ledere gli interessi del cliente.

2. I profili in cui si articola la nozione comunitaria di conflitto di interessi e relative implicazioni organizzative

La direttiva n. 2006/73/Ce individua cinque aree sensibili che possono determinare conflitti di interesse. L'art. 21 stabilisce i criteri minimi per delineare i tipi di conflitti che possono insorgere al momento della fornitura di servizi di investimento e accessori o di una combinazione di essi e la cui esistenza possa danneggiare la posizione del cliente¹⁰. Le ipotesi così individuate possono essere raggruppate in forme di conflitto di interessi (lett. *a.*, *c.* ed *e.*) e forme di concorso di interessi (lett. *b.* e *d.*). Le prime possono a loro volta essere distinte a seconda che riguardino un conflitto interno tra intermediario e cliente o esterno, ovvero un conflitto interno verticale, tra intermediario e cliente (lett. *a.*), interno orizzontale, in relazione alla posizione di clienti diversi (lett. *b.*) ed esterno, con il coinvolgimento di un terzo (lett. *e.*). Le ipotesi di concorso d'interessi possono invece riguardare il concorso attuale (lett. *b.*) ed il concorso potenziale (lett. *d.*)¹¹.

Nella prima area si colloca la realizzazione di un guadagno finanziario a favore dell'intermediario o l'aver evitato una perdita finanziaria a spese del cliente. L'operazione è in grado di generare un utile o di ridurre una perdita producendo un corrispondente pregiudizio per il cliente. Esiste cioè un nesso di causa/effetto tra il vantaggio economico dell'impresa ed il pregiudizio del clien-

mediazione mobiliare non potessero effettuare operazioni con o per conto della clientela se aventi, direttamente o indirettamente, un interesse conflittuale nell'operazione. Ciò, a meno che non avessero comunicato per iscritto al cliente la natura e l'estensione del loro interesse nell'operazione ed il cliente non avesse acconsentito espressamente e preventivamente, per iscritto, all'effettuazione dell'operazione.

¹⁰ Fermo l'obbligo degli Stati membri di qualificare, attraverso il recepimento della direttiva, come ipotesi rilevanti di conflitto di interessi quelle incluse nell'art. 21, non si esclude che ulteriori ipotesi vengano come tali qualificate dalla normativa interna. Più in generale, può essere concesso al legislatore nazionale, in sede di recepimento della direttiva, di introdurre restrizioni ulteriori rispetto a quelle delineate dalla normativa comunitaria, a condizione che ciò sia compatibile con le finalità perseguite dalla direttiva e, più in generale, dall'ordinamento comunitario.

¹¹ Si deve infatti distinguere il conflitto di interessi, quando nel perseguimento di un interesse proprio dell'intermediario o di altro soggetto ne deriva un pregiudizio o un pericolo di pregiudizio per il cliente, e la concorrenza di interessi, quando, pur avendo l'intermediario un interesse in concorso con quello del cliente, non si delinea per quest'ultimo un pericolo di danno. Cfr. STELLA, *Il conflitto di interessi*, cit. *supra*, nota 2, p. 3 ss.

te ed il pregiudizio non è meramente potenziale, ma si delinea come lesione attuale dell'interesse del cliente, sotto forma di maggior costo o minor utile.

Un pregiudizio di natura potenziale può invece ravvisarsi nella seconda area individuata. Si tratta, in base alla lett. *b.* dell'art. 21, della direttiva n. 2006/73/Ce, dei casi in cui l'impresa di investimento o soggetto ad essa collegato abbia nel risultato del servizio prestato al cliente o nell'operazione realizzata per conto del cliente un interesse distinto. Si assume cioè che, in relazione alla medesima operazione, l'impresa abbia un interesse proprio, non coincidente con quello del cliente. Può trattarsi, in particolare, dell'effettuazione di operazioni in cui esiste un rischio di divaricamento tra l'interesse dell'impresa che agisce per conto del cliente e quest'ultimo; e ciò, ad esempio, nel caso in cui il rischio consista in un risultato vantaggioso per l'impresa che non si risolva in un corrispondente vantaggio, misurabile in termini economici, per il cliente.

La terza ipotesi riguarda la presenza di incentivi di carattere finanziario o di altra natura, che possano pregiudicare l'interesse del cliente. È il caso in cui l'impresa o un soggetto collegato riceva incentivi onde privilegiare l'interesse di altro cliente o gruppo di clienti. Il pregiudizio per il cliente si concreta nel minor risultato raggiunto, assumendo che l'impresa abbia prodotto un miglior risultato in virtù dell'incentivo conseguito, a favore di soggetto diverso (altro cliente o gruppo di clienti). Se è chiara tuttavia la nozione di incentivo finanziario, tale potendo intendersi, in senso ampio, un maggior risultato in termini economici, meno chiara invece è la nozione di privilegio di altra natura, che viene a contrapporsi all'incentivo di carattere finanziario¹².

¹² Il riferimento si delinea estremamente ampio e suscettibile di creare non poche incertezze interpretative. Vari sono infatti gli scenari prospettabili per delineare possibili incentivi di carattere non finanziario che possano tenersi in considerazione dall'impresa di investimento o da soggetto collegato nell'ambito di un'operazione per conto del cliente, come nel caso di operazioni poste in essere nell'ambito di strategie di gruppo volte a favorire scelte operative a medio o lungo termine a scapito di altre o volte a favorire alleanze strategiche dove il vantaggio prospettato non consista in un ritorno finanziario a breve o medio termine, ma nel prospettarsi di nuovi scenari operativi. Si veda in proposito l'art. 73 del Regolamento intermediari, secondo cui le società di gestione del risparmio e le SICAV non possono, in relazione alla prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio, versare o percepire compensi o commissioni oppure fornire a terzi o ricevere da terzi prestazioni non monetarie ad eccezione di: *a.* compensi, commissioni o prestazioni non monetarie pagati o forniti da un investitore o da una persona per conto dell'investitore; *b.* compensi, commissioni o prestazioni non monetarie pagati o forniti a o da un terzo o una persona che agisca per conto di un terzo, qualora siano soddisfatte le seguenti condizioni: *b. 1.* l'esistenza, la natura e l'importo di compensi, commissioni o prestazioni o, qualora l'importo non possa essere accertato, il metodo di calcolo di tale importo, siano comunicati chiaramente all'investitore, in modo completo, accurato e comprensibile e prima della prestazione del servizio; *b. 2.* il pagamento di compensi o commissioni o la fornitura di prestazioni non monetarie sia volta ad accrescere la qualità del servizio di gestione collettiva e non ostacoli l'adempimento da parte della società dell'obbligo di servire al meglio gli interessi degli OICR; *c.* compensi adeguati che rendano possibile la prestazione del servizio di gestione o siano necessari a tal fine, come ad esempio i costi di custodia, le commissioni di regolamento e cambio, i prelievi obbligatori o le spese legali, e che, per loro natura, non possano entrare in conflitto con il dovere della società di agire in modo onesto, equo e professionale per servire al meglio gli interessi degli OICR.

Con riguardo alla quarta area di riferimento, la lett. *d.* dell'art. 21 della direttiva n. 2006/73/Ce include l'ipotesi in cui l'impresa o il soggetto collegato svolga la stessa attività del cliente. Il conflitto appare qui essenzialmente potenziale e preventivo: si assume cioè che l'identità dell'attività svolta dall'impresa di investimento o soggetto collegato rispetto all'attività svolta dal cliente sia tale da generare una situazione di conflitto suscettibile di determinare un pregiudizio per il cliente.

La quinta area delineata dall'art. 21 comprende le ipotesi in cui l'impresa di investimento o il soggetto collegato riceva (o riceverà) da soggetto diverso dal cliente un incentivo in relazione al servizio prestato al cliente. Deve peraltro trattarsi di incentivo diverso dalle commissioni o dalle competenze normalmente fatturate per tale tipo di servizio, pur consistendo in compensi in forma di denaro, di beni o di servizi.

La distinzione predetta può ovviamente risultare meno nitida nei fatti. Si consideri al riguardo che attività in grado di sollevare forme di conflitto di interessi possono contestualmente rientrare in più aree delineate dall'art. 21 della direttiva n. 2006/73/Ce (sub. *a.*, *b.*, *c.*, *d.* ed *e.*). In proposito si assuma il caso in cui l'intermediario, che detenga in portafoglio titoli di una determinata società, avendo incarico dal cliente di gestirne il portafoglio, con margini di discrezionalità nella scelta degli obiettivi d'acquisto, si risolva a venderne al cliente, così sostenendone il prezzo o trasferendo il sottostante rischio. Tale ipotesi potrebbe essere inquadrabile sia sub *a.* dell'art. 21 (probabile realizzo di guadagno o probabilità di evitare perdite, a spese del cliente), sia sub *b.* (assumendo l'intermediario un interesse distinto da quello del cliente). Lo stesso sembra potersi dire in relazione all'ipotesi in cui l'intermediario, essendo legato da vincoli contrattuali o relazioni professionali con una società di cui detiene titoli in portafoglio, si risolva a vendere a propri clienti i titoli per incentivare la relazione con detta società¹³.

¹³ Va aggiunto che significativo elemento da valutare ai fini dell'individuazione di possibili ipotesi di conflitto di interessi è quello soggettivo, ovvero il riferimento al cliente, da un lato, ed all'impresa di investimento e soggetti ad essa collegati, dall'altro. La definizione di soggetto rilevante include amministratori e dirigenti dell'impresa, nonché i soci ed i soggetti equivalenti, tali potendosi intendere coloro che rivestono diritti patrimoniali o amministrativi assimilabili a quelli dei soci (esempio usufruttuari di azioni e creditori pignorati delle stesse). Possono altresì rientrare nella definizione in esame coloro che sono qualificabili come agenti collegati dell'impresa, ovvero, in base all'art. 4, comma 1, n. 25, della direttiva n. 2004/39/Ce, le persone fisiche o giuridiche che, sotto piena ed incondizionata responsabilità di una sola impresa di investimento per conto della quale operano, promuovono i servizi di investimento e/o servizi accessori presso clienti o potenziali clienti, ricevono e trasmettono le istruzioni o gli ordini dei clienti riguardanti servizi di investimento o strumenti finanziari e/o prestano consulenza ai clienti o potenziali clienti rispetto a detti strumenti o servizi finanziari (la nozione di agente collegato dell'impresa rileva peraltro ad ulteriore titolo, precisando l'art. 2, n. 3, lett. *B.* della direttiva n. 2006/73/Ce, che devono intendersi come soggetti rilevanti anche l'amministratore, socio o equivalente di un agente collegato dell'impresa). Lo stesso è a dirsi in base all'art. 2, n. 3, lett. *C.*, della direttiva n. 2006/73/Ce, secondo cui costituisce soggetto rilevante anche l'impiegato dell'impresa o di un suo agente collegato nonché ogni altra persona fisica i cui servizi siano a disposizione e sotto il controllo dell'impresa o di un agente collegato dell'impresa e che partecipi alla prestazione di servizi di investimento e all'esercizio di attività

3. Cenni agli obblighi comportamentali a carico dell'intermediario

Relativamente ai conflitti di interesse sorge in capo alle imprese di investimento un obbligo di identificazione (cfr. art. 18 direttiva n. 2004/39/Ce: «gli Stati membri prescrivono che le imprese di investimento adottino ogni misura ragionevole per identificare conflitti di interesse che potrebbero insorgere tra tali imprese, inclusi i dirigenti, i dipendenti e gli agenti collegati o le persone direttamente o indirettamente connesse e i loro clienti o tra due clienti al momento della prestazione di qualunque servizio di investimento o servizio accessorio o di una combinazione di tali servizi»). Tale obbligo è collegato ai profili strutturali dell'ente, stante che le imprese di investimento devono adottare ogni misura ragionevole per identificare i conflitti di interesse, estendendo l'accertamento richiesto anche alla posizione, rispetto ai clienti, di dirigenti, dipendenti, agenti collegati e persone direttamente o indirettamente connesse nonché di altri clienti. Il tutto con riferimento al momento della prestazione di qualunque servizio di investimento o servizio accessorio o di una loro combinazione¹⁴. La necessaria identificabilità dei conflitti giustifica il fatto che le imprese di investimento siano tenute ad avere ed aggiornare regolarmente un registro nel quale riportano i tipi di servizi di investimento o accessori e le attività di investimento svolte per cui sia sorto o possa sorgere, nel caso di un servizio o di un'attività in corso, un conflitto di interessi che rischi di ledere gravemente uno o più clienti. Trasparenza e chiarezza impongono inoltre che la politica di gestione dei conflitti di interesse sia formulata per iscritto, dovendo altresì essere adeguata alle dimensioni dell'organizzazione dell'impresa e alla natura, alle dimensioni e alla complessità dell'attività¹⁵.

A completamento degli obblighi di carattere strutturale ed amministrativo vengono prescritti dalla direttiva n. 2004/39/Ce obblighi di informativa¹⁶.

di investimento da parte dell'impresa. Il primo dei menzionati profili, ovvero il fatto che debba trattarsi di un soggetto i cui servizi siano a disposizione e sotto il controllo dell'impresa o di un agente collegato, sembra presupporre un vincolo contrattuale o un controllo di fatto tra i menzionati soggetti. Il secondo profilo, ovvero la partecipazione ai servizi indicati, risulta configurare un vincolo di natura funzionale rispetto al risultato consistente nella prestazione di servizi di investimento. E ciò rileva anche nel caso di "accordo di esternalizzazione", di cui all'art. 2, n. 3. lett. D., della direttiva n. 2006/73/Ce, in quanto tale accordo, nella misura in cui abbia ad oggetto la prestazione di servizi di investimento e l'esercizio di attività di investimento da parte dell'impresa, rende la persona fisica che direttamente partecipi, nel quadro di esso, alla prestazione di servizi all'impresa di investimento o al suo agente collegato, soggetto rilevante ai fini della Direttiva stessa.

¹⁴ La posizione dell'intermediario è caratterizzata da un obbligo di costante monitoraggio ai fini dell'individuazione dei conflitti di interesse. Cfr. art. 27, comma 2, Regolamento intermediari.

¹⁵ Va notato che qualora l'impresa appartenga ad un gruppo tale politica deve tener conto delle circostanze, di cui l'impresa è o dovrebbe essere a conoscenza, che possano causare un conflitto di interessi risultante dalla struttura e dalle attività degli altri membri del gruppo.

¹⁶ Sui doveri di informativa cfr. SALODINI, *Obblighi informativi degli intermediari finanziari e risarcimento del danno. La Cassazione e l'interpretazione evolutiva della responsabilità precontrattuale*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 632 ss. nonché SCALISI, *Doveri di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 168 ss.

L'assunto da cui sembra muovere al riguardo l'art. 18, comma 2, della direttiva n. 2004/39/Ce è che gli interventi di carattere organizzativo possono non essere sufficienti ad evitare conflitti di interessi in grado di arrecare pregiudizio alla clientela, sicché debba provvedersi, a tutela della stessa, ad un'adeguata attività d'informazione. La trasparenza nella *disclosure* del conflitto è quindi legata ad un obbligo di monitoraggio della struttura: ove la struttura si riveli, in presenza di determinate circostanze, non idonea con ragionevole certezza a evitare conflitti che possano danneggiare la clientela, l'impresa di investimento viene ad essere tenuta ad una informativa preventiva e completa: preventiva, in quanto prescritta prima che l'impresa agisca per conto dei clienti; completa, in quanto l'impresa deve indicare, onde consentire al cliente una sufficiente valutazione, la natura generale e/o le fonti del conflitto.

4. Aspetti peculiari del conflitto di interessi: la gestione del risparmio

Nella gestione collettiva del risparmio la possibilità di insorgenza di conflitti di interessi assume caratteri che riflettono le peculiarità del rapporto contrattuale con il cliente e l'articolazione della prestazione del servizio, pur essendo vero che la separazione tra il patrimonio del cliente e quello dell'intermediario e la presenza di un depositario forte costituiscono un presidio preventivo al riguardo¹⁷. Così, sotto il primo profilo, si è osservato che nella gestione collettiva del risparmio i rischi di conflitto di interessi assumono aspetti peculiari, potendo il cliente valutarli una volta per tutte al momento dell'investimento alla luce del regolamento di gestione e del prospetto informativo¹⁸. Sotto il secondo profilo, non va sottaciuta la possibilità per le società di gestione

¹⁷ Cfr. LENER, *Il conflitto di interessi nelle gestioni di patrimoni individuali e collettive*, in GRANELLI - STELLA (a cura di), *Il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e rappresentanza*, cit. *supra*, nota 1, p. 151. Sulla separazione patrimoniale cfr. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, Cedam, 2001. Più in generale, cfr. SANGUINETTI - FORTE, *Le società di gestione del risparmio*, Milano, Giuffrè, 2004. Va ricordato che la legge n. 262/05 aveva delegato il Governo a disciplinare i conflitti di interesse, anche con riguardo alla gestione di patrimoni di organismi di investimento collettivo del risparmio. In ottica analoga, limiti agli investimenti in strumenti finanziari emessi o collocati da soggetti appartenenti al gruppo del gestore sono stati individuati dal Regolamento del 14 aprile 2005 sulla gestione collettiva del risparmio della Banca d'Italia. Cfr. titolo V, Capitolo III su divieti e norme prudenziali di frazionamento e contenimento del rischio.

¹⁸ Cfr. LENER, *Il conflitto di interessi nelle gestioni di patrimoni individuali e collettive*, loc. cit., p. 146. Sulla disciplina comunitaria degli OICVM cfr. ID., *Gli organismi di investimento collettivo in valori immobiliari nella CEE*, in *Foro it.*, IV, c. 224 ss. Con riferimento all'ambito delle gestioni di portafoglio cfr. AFFERNI, *Contratto di gestione patrimoniale e responsabilità della banca*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 295 ss.; FICI, *Il conflitto di interessi nelle gestioni individuali di patrimoni mobiliari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 291 ss. Più in generale, ANNUNZIATA, *Gestione collettiva del risparmio e nuove tipologie di fondi comuni di investimento*, in *Riv. soc.*, 2000; AA.VV. (a cura di JAEGER - CASELLA), *I fondi comuni di investimento*, Quaderni di giurisprudenza commerciale, n. 57/1984; COSTI, *Fondi Comuni di investimento. Profili organizzativi*, in *I fondi comuni di investimento Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 57, 1984. Sulle gestioni del risparmio cfr. PICARDI, *Impresa e contratto nella gestione del risparmio*, Milano, Giuffrè, 2004.

del risparmio di operare su più fronti, ovvero di gestire sia su base individuale che collettiva, nonché di gestire fondi pensione e patrimoni di altri gestori¹⁹.

Le fattispecie prospettabili sono variegate. Possono ipotizzarsi casi in cui l'intermediario, che collochi sul mercato prodotti finanziari propri, agisca altresì come gestore di portafogli della clientela, per conto della quale acquisti i medesimi prodotti²⁰, o ancora il caso dell'intermediario che svolga, contestualmente, attività di negoziazione per conto proprio ed attività di collocamento per conto della clientela, sicché la negoziazione possa essere più utilmente indirizzata dall'intermediario grazie alle informazioni ottenute nella attività di collocamento. Connesso è il tema del coinvolgimento dell'intermediario in attività di ricerca, dove conflitti di interesse possono delinearsi, in particolare, qualora l'intermediario detenga in portafoglio titoli di un emittente e svolga attività di ricerca sugli stessi, così vendendo raccomandazioni positive sul titolo, stimolandone la domanda (e, conseguentemente, il valore), oppure svolga attività di ricerca sui titoli, emessi da una società con la quale abbia rapporti contrattuali, o nei confronti della quale sia creditore; né è da escludere che l'intermediario possa sfruttare la sua conoscenza delle richieste pervenutegli dalla clientela in previsione degli effetti sul corso dei titoli che l'attuazione di tali richieste sia destinata a produrre agendo di conseguenza con operazioni proprie. Ed, infine, profilo rilevante è quello relativo alla presenza di incentivi in relazione alle operazioni effettuate per conto della clientela, come è il caso di incentivi alla vendita di prodotti finanziari emessi dalla capogruppo dell'intermediario.

In ossequio alla direttiva n. 2006/73/Ce, l'art. 38 del Regolamento 29 ottobre 2007, della Banca d'Italia e della Consob, delinea come circostanze tali da far sorgere conflitti rilevanti, le situazioni che determinano un conflitto tra gli interessi della società di gestione del risparmio o SICAV, anche derivanti da rapporti di gruppo e dalla prestazione congiunta di più servizi, di uno o più clienti e i doveri della società nei confronti degli OICR, nonché gli interessi di due o più OICR in gestione. Si precisa inoltre che, nel considerare le situazioni di conflitto di interessi, le SGR e le SICAV devono valutare, così recuperando lo schema di cui alla direttiva n. 2006/73/Ce, se la società, un soggetto rilevante, una persona avente un legame di controllo diretto o indiretto con la società, o uno o più clienti, *i.* possano realizzare un guadagno finanziario o evitare una perdita finanziaria, a spese dell'OICR, *ii.* abbiano, nel risultato del servizio di gestione collettiva o dell'operazione disposta per conto dell'OICR, un interesse distinto da quello dell'OICR, *iii.* abbiano un'utilità finanziaria o di altra natura a privilegiare gli interessi di clienti o di altri OICR rispetto a

¹⁹ Cfr. LENER, *Il conflitto di interessi nelle gestioni di patrimoni individuali e collettive*, cit. *supra*, nota 17, p. 150.

²⁰ Cfr. LENER, *Il conflitto di interessi*, loc. cit.

quelli dell'OICR interessato; *vi.* ricevano o possano ricevere, da soggetti diversi dagli investitori, incentivi in connessione alla prestazione del servizio di gestione collettiva, sotto forma di denaro, beni o servizi, diversi e ulteriori rispetto ai compensi normalmente percepiti per il servizio. Sul piano strutturale, conseguentemente, le società di gestione del risparmio devono organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse anche tra i patrimoni gestiti e, in situazioni di conflitto, agire in modo da assicurare comunque un equo trattamento degli OICR²¹.

Sotto il profilo comportamentale, in base all'art. 65 del Regolamento intermediari, rileva, ad un livello generale, l'obbligo, a carico della società di gestione del risparmio o SICAV, di operare con correttezza e trasparenza, nell'interesse dei partecipanti dell'OICR (cfr. lett. *a.* e, ad un livello più specifico, l'obbligo di assicurare che l'attività di gestione sia svolta in modo indipendente (lett. *b.*), astenendosi da comportamenti che possano avvantaggiare un patrimonio gestito a danno di un altro o di un cliente (lett. *d.*). Ciò peraltro è da considerare anche nell'ipotesi di delega della gestione di OICR²². Sicché, il contratto mediante il quale le SGR, relativamente agli OICR da esse gestiti, affidano a terzi scelte d'investimento, deve essere formulato in modo da assicurare il rispetto delle disposizioni in materia di conflitti di interessi con riferimento alla società delegante ed al soggetto delegato²³. Lo stesso è a dirsi nei rapporti tra SGR promotore ed SGR gestore, dovendo intervenire tra essi apposita convenzione scritta per assicurare il rispetto delle disposizioni in materia di conflitti di interessi con riferimento alla società promotrice ed alla società che svolge la gestione²⁴.

5. Rilievi conclusivi

Le linee essenziali del "sistema" che viene a realizzarsi attraverso le direttive n. 2004/39/Ce (MIFID) e n. 2006/76/Ce mettono in luce come la rilevanza anche solo potenziale dei conflitti d'interessi determini uno spostamento, a tutela del cliente/investitore, del momento in cui se ne debba apprezzare la sussistenza, così focalizzandosi la prescritta e necessaria valutazione anteriormente all'effettuazione delle operazioni. Tale valutazione *ex ante* tende

²¹ Peraltro, con riguardo alla gestione collettiva dei patrimoni, l'art. 40 del Testo Unico sull'intermediazione finanziaria richiama i principi di cui all'art. 21 dello stesso, salvo alcuni correttivi. Cfr. LERNER, *Il conflitto di interessi nelle gestioni di patrimoni individuali e collettive*, cit. *supra*, nota 17, p. 136 s.

²² Cfr. l'art. 6, comma 2 *bis*, lett. *k.*, del Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria e l'art. 33 del Regolamento della Banca d'Italia e della Consob datato 29 ottobre 2007.

²³ Cfr. art. 33, par. 3, lett. *g.* del Regolamento 29 ottobre 2007.

²⁴ Cfr. art. 34, comma 5, lett. *c.* del Regolamento 29 ottobre 2007.

così a prescindere da un risultato effettivamente e conclusivamente sfavorevole per il cliente/investitore e valorizza la potenzialità di un pregiudizio.

Il conflitto viene ad essere sostanzialmente articolato in due macroaree. La prima include il possibile raggiungimento di un risultato che determini un vantaggio per l'intermediario misurabile in termini economici; e ciò a discapito del cliente/investitore. La seconda include il mancato raggiungimento del miglior risultato per il cliente/investitore, come conseguenza di scelte adottate dall'intermediario determinate da interessi diversi ed estranei rispetto a quelli connessi alla cura della posizione del cliente. In entrambi i casi, assumendo che la cura dell'interesse del cliente integri il contenuto del rapporto tra intermediario e cliente, si realizza un inadempimento del primo che si concreta nella determinazione di una situazione anche solo potenzialmente idonea a ledere la posizione del secondo. E ciò riporta la riflessione alle indicazioni di principio contenute nella direttiva MIFID, rivolte alla protezione dell'investitore ed alla garanzia di buon funzionamento dei mercati mobiliari (cfr. *considerando* n. 44), e, in particolare, alla necessità di salvaguardare la posizione del cliente in presenza di conflitti di interessi, accentuati dalla sempre più ampia attività che le imprese di investimento esercitano simultaneamente, ovvero di escludere che la loro presenza possa comunque ripercuotersi negativamente sulla posizione dell'investitore (cfr. *considerando* n. 29).

Fabrizio Vismara*

* Professore associato di Diritto Internazionale / Università degli Studi dell'Insubria.

DOCUMENTAZIONE

PROCEDURE DI AGGIUDICAZIONE DEGLI APPALTI PUBBLICI: CRITERI DI VERIFICA DELLE OFFERTE ANOMALE

Decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive n. 2004/17/Ce e n. 2004/18/Ce*

(Omissis)

Articolo 87

Criteri di verifica delle offerte anormalmente basse

(art. 55, direttiva n. 2004/18; art. 57, direttiva n. 2004/17;
art. 21, comma 1-*bis*, L. n. 109/1994; art. 19, dlgs n. 358/1992;
art. 25, dlgs n. 157/1995; art. 25, dlgs n. 158/1995;
articolo unico, L. n. 327/2000)

1. Quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni, eventualmente necessarie in aggiunta a quelle già presentate a corredo dell'offerta, ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta medesima.

2. Le giustificazioni di cui all'art. 86, comma 5 e di cui all'art. 87, comma 1, possono riguardare, a titolo esemplificativo:

- a. l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione, del metodo di prestazione del servizio;
- b. le soluzioni tecniche adottate;
- c. le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per ese-

* In *Guri* n. 100 del 2 maggio 2006, *suppl. ord.* Il testo dell'art. 87, qui riportato, è stato coordinato dalla Redazione della nostra *Rivista* con le modifiche apportate dalla l. n. 296 del 27 dicembre 2006, in *Guri* n. 299 del 27 dicembre 2006, *suppl. ord.*, e dal dlgs n. 6 del 26 gennaio 2007, in *Guri* n. 25 del 31 gennaio 2007. In argomento v. *infra*, p. 573 ss., il commento di ANTONIO NATALI.

guire i lavori, per fornire i prodotti, o per prestare i servizi;

d. l'originalità del progetto, dei lavori, delle forniture, dei servizi offerti;

*e.*¹;

f. l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato;

g. il costo del lavoro come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali; in mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione.

3. Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge.

4. Non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza² in conformità all'art. 131, nonché al piano di sicurezza e coordinamento di cui all'art. 12, dlgs 14 agosto 1996, n. 494 e alla relativa stima dei costi conforme all'art. 7, dpr 3 luglio 2003, n. 222. Nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture³.

4-bis. Nell'ambito dei requisiti per la qualificazione di cui all'art. 40 del presente decreto, devono essere considerate anche le informazioni fornite dallo stesso soggetto interessato relativamente all'avvenuto adempimento, all'interno della propria azienda, degli obblighi di sicurezza previsti dalla vigente normativa⁴.

5. La stazione appaltante che accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato, può respingere tale offerta per questo solo motivo unicamente se, consultato l'offerente, quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine stabilito dall'amministrazione e non inferiore a quindici giorni, che l'aiuto in questione era stato concesso legalmente. Quando la stazione appaltante respinge un'offerta in tali circostanze, ne informa tempestivamente la Commissione.

(*Omissis*)

¹ La lett. *e.* dell'art. 87, comma 2, è stata abrogata dall'art. 1, comma 909, lett. *b.* della l. n. 296 del 27 dicembre 2006.

² L'art. 3, comma 1, lett. *l.* del dlgs n. 6 del 26 gennaio 2007, ha soppresso le seguenti parole: «per i quali non sia ammesso ribasso d'asta».

³ L'art. 1, comma 909, lett. *c.*, della l. n. 296 del 27 dicembre 2006, ha soppresso le seguenti parole: «In relazione a servizi e forniture» all'inizio del secondo periodo.

⁴ Comma aggiunto dall'art. 1, comma 909, lett. *d.* della l. n. 296 del 27 dicembre 2006.

LA DISCIPLINA DELLE OFFERTE ANOMALE NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI ALLA LUCE DEL DIVIETO COMUNITARIO DI AIUTI DI STATO

Sommario: **1.** *La disciplina delle offerte anomale nel Codice dei contratti pubblici* - **2.** *Il rigetto delle offerte anomale in conseguenza di un aiuto di Stato* - **3.** *Il problema dell'aiuto «concesso legalmente»* - **4.** *Ipotesi di interpretazione evolutiva nel quadro delle procedure comunitarie antitrust* - **5.** *Considerazioni conclusive.*

1. La disciplina delle offerte anomale nel Codice dei contratti pubblici

Il dlgs 12 aprile 2006 n. 163, recante «*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*» (nel prosieguo denominato per brevità «*Codice*»)¹ – nel dare attuazione alla direttiva n. 2004/18/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, in vigore dal 1° maggio 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi² – ha introdotto una significativa riforma

¹ Il decreto legislativo in esame è stato autorizzato con delega legislativa contenuta nell'art. 25, legge 18 aprile 2005 n. 62, peraltro in lieve ritardo rispetto al termine del 1° gennaio 2006 assegnato dall'art. 80 della direttiva n. 2004/18/Ce. Il combinato disposto dell'art. 25 della legge n. 62/2005 con gli artt. 122 e 124, dlgs n. 163/2006 (che prevedono norme applicabili ai contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria) è stato peraltro oggetto di numerosi rilievi sotto il profilo di costituzionalità, ai sensi degli artt. 76 e 117 Cost., per ritenuta esorbitanza dalla competenza esclusiva in materia di «tutela della concorrenza», per il carattere di eccessiva analiticità della disciplina ivi prevista in conseguente asserito contrasto con i canoni di ragionevolezza e proporzionalità e per violazione della legge delega che non avrebbe consentito la previsione di una disciplina dettagliata per gli appalti "sotto soglia": siffatti rilievi sono stati ritenuti infondati dalla Corte costituzionale, con sentenza 23 novembre 2007 n. 401, secondo cui le disposizioni del decreto in parola sono da ritenersi funzionali a garantire, attraverso l'adozione di adeguate misure di pubblicità, parità di trattamento e di non discriminazione nella fase di partecipazione alle gare pubbliche, operanti anche per i contratti al di sotto della soglia comunitaria, al fine di assicurare che il mercato su cui incide la singola attività contrattuale sia effettivamente concorrenziale; la Corte ha inoltre chiarito che non costituisce elemento indefettibile di identificazione della materia della tutela della concorrenza l'esistenza di sole norme di principio, in quanto la valutazione in ordine alla proporzionalità e alla adeguatezza dell'intervento legislativo dello Stato deve essere condotta in una prospettiva più ampia rispetto al solo elemento della analiticità delle norme censurate.

² La direttiva n. 2004/18/Ce, adottata secondo la procedura detta «di codecisione» (art. 251, già art. 189 B del Trattato CE), è stata preceduta in pari data dalla direttiva n. 2004/17/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e

ma della disciplina delle offerte anomale³, conforme ai principi e ai criteri contenuti nell'atto comunitario in parola⁴.

Nell'ambito di una complessiva armonizzazione degli ordinamenti degli Stati membri in materia, ispirata ai principi di unificazione e semplificazione normativa⁵, il legislatore comunitario ha inteso infatti conferire un'importanza decisiva all'obiettivo della correttezza delle procedure di offerta, intesa quale presupposto indefettibile per un'evoluzione del mercato comune nel settore dei contratti pubblici, che risulti coerente con i principi di trasparenza ed efficienza della spesa pubblica, da un lato, e di libera concorrenza tra gli operatori economici, dall'altro⁶.

di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (settori c.d. "esclusi" o «speciali»), secondo criteri e contenuti normativi analoghi, anche con riguardo alle offerte anomale nei settori esclusi (artt. 57 ss.). Per quanto attiene agli atti normativi di ulteriore dettaglio, si rinvia al Regolamento Ce n. 1564/2005 della Commissione del 7 settembre 2005 recante «Modelli di formulari per la pubblicazione di bandi e avvisi relativi a procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici conformemente alle direttive del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2004/17/Ce e n. 2004/18/Ce», che denota la preoccupazione delle istituzioni comunitarie per l'effettiva uniformità delle procedure di gara svolte all'interno del mercato comune.

³ In precedenza, la materia risultava disciplinata, in ambito comunitario, dalle direttive n. 92/50/Cee del Consiglio del 18 giugno 1992 (che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi), n. 93/36/Cee del Consiglio del 14 giugno 1993 (che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture) e n. 93/37/Cee del Consiglio del 14 giugno 1993 (relativo al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori), abrogate dall'art. 82 della direttiva n. 2004/18/Ce che fa espressamente salvo unicamente l'art. 41 della direttiva n. 92/50/Cee che aveva sostituito l'art. 1 della direttiva n. 89/665/Cee del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativa al coordinamento delle disposizioni relative alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori.

⁴ Particolare rilevanza assume altresì l'esigenza di coordinamento delle disposizioni in esame con quelle del dlgs 18 agosto 2000 n. 267 («Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali»), in particolare all'art. 113, in tema di affidamento diretto dagli enti pubblici territoriali delle attività di erogazione di servizi pubblici locali. Per un'approfondita disamina della questione relativa ai rapporti tra Stato e regioni nella definizione dei livelli di competenza legislativa in sede di attuazione del diritto comunitario, si veda M. DE DOMINICIS - A. NATALI, *Il percorso costituzionale italiano dell'ordinamento comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2001; con specifico riguardo a siffatta problematica nello specifico ambito del diritto della concorrenza, si veda A. CELOTTO, *La "legge di Kirschmann" non si applica al codice degli appalti (in margine alla sent. n. 401 del 2007 della Corte costituzionale)*, rielaborazione della relazione tenuta al Convegno «Appalti e servizi pubblici: regole, flessibilità e liberalizzazione» (Monopoli, 23 e 24 novembre 2007), in www.neldiritto.it, ove si evidenzia che il Codice riserva allo Stato gran parte della disciplina dei contratti pubblici, in virtù di «tre grandi pilastri competenziali»: la tutela della concorrenza, l'ordinamento civile, la tutela giurisdizionale, da interpretare in senso funzionale, secondo le indicazioni della sentenza della Corte costituzionale 25 settembre 2003, n. 303.

⁵ Siffatta semplificazione è perseguita anche attraverso l'introduzione di istituti innovativi e flessibili, con particolare riguardo alla forma telematica dei contratti, al dialogo competitivo, all'accordo quadro, peraltro in aderenza alle previsioni del Libro Verde adottato dalla Commissione il 27 novembre 1996.

⁶ Nell'articolata trama dell'ordinamento comunitario, la politica della concorrenza assolve una delle funzioni fondamentali per il proficuo perseguimento degli obiettivi enunciati nel Preambolo e nell'art. 2 del Trattato istitutivo della Comunità europea (nel seguito denominato «Trattato CE»). Nell'ambito della recente bibliografia in materia, già ampia, si rinvia, senza pretesa di esaustività, a AA. VV. (a cura di N. LIPARI), *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, Cedam, 2003; P. MANZINI, *Antitrust applicato. Raccolta sistematica della giurisprudenza comunitaria*, Torino, Giappichelli, 2004; C. S. KERSE - N. KHAN, *EC Antitrust Procedures*, V ed., London, Sweet & Maxwell, 2004; E. MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Napoli, Edi-

In primo luogo, sotto il profilo metodologico, il Codice distingue tra procedure di individuazione delle offerte anormalmente basse e conseguenti procedure di verifica delle stesse.

Per quanto attiene ai criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse, l'art. 86 del Codice indica dettagliati canoni di valutazione economica, differenti a seconda che il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso⁷ o quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁸, facendo salvo il potere delle stazioni appaltanti di «valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa» (comma 3)⁹.

La normativa in esame ha inoltre eliminato la distinzione tra appalti sotto e sopra soglia, aderendo all'orientamento della giurisprudenza comunitaria che aveva ritenuto illegittimo il regime della esclusione automatica delle offerte anomale per i contratti sotto soglia¹⁰.

In particolare, con precipuo riguardo all'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la Corte di giustizia ha ritenuto che le relative previsioni del Codice – disponendo espressamente il carattere obbligatorio del metodo di individuazione dell'anomalia già consentito (ma non imposto) dall'art. 64, comma 6, dpr 21 dicembre 1999 n. 554, oramai abrogato – abbiano confermato la natura facoltativa di siffatto metodo prima dell'entrata in vi-

toriale Scientifica, 2004; G. TOSATO - L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, Giuffrè, 2004; L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, Giuffrè, 2005; A. PERA, *Concorrenza e antitrust*, Bologna, Il Mulino, 2005; G. TOSATO - L. BELLODI, *Codice del nuovo diritto europeo della concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2005; M. DE DOMINICIS, *Concorrenza e nozione d'impresa nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005; G. GHIDINI - B. LIBONATI - P. MARCHETTI, *Concorrenza e mercato. Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante*, Milano, Giuffrè, 2007; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, V ed., Padova, Cedam, 2008.

⁷ In tal caso, sulla premessa che il numero delle offerte ammesse non sia inferiore a cinque (nel quale caso si procede ai sensi del comma 3 «le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media» (comma 1).

⁸ In questa seconda ipotesi «le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara» (comma 2).

⁹ La novella disposta con legge 3 agosto 2007 n. 123 (art. 8) ha inoltre modificato i commi 3-bis e 3-ter della disposizione in esame (introdotti dall'art. 1, comma 909, legge 27 dicembre 2006 n. 296 («Legge finanziaria per l'anno 2007»)), prevedendo che «nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture (...)» (comma 3-bis) e che «il costo relativo alla sicurezza non può essere comunque soggetto a ribasso d'asta» (comma 3-ter).

¹⁰ Per quanto attiene alla determinazione delle soglie, si veda la Comunicazione «Controvalori delle soglie delle direttive n. 2004/17/Ce e n. 2004/18/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio», in *Gu-Ue* n. C 301 del 13 dicembre 2007.

gore della riforma¹¹.

Per quanto concerne la successiva fase di verifica, l'art. 87 del Codice riproduce l'art. 55 della direttiva n. 2004/18/Ce, salvo che per talune integrazioni che mirano a rendere più stringente il dettato normativo, anche in confronto alle corrispondenti previsioni della legislazione antecedente¹².

L'art. 87 dispone, infatti, che l'amministrazione aggiudicatrice che intenda respingere un'offerta che «appaia» anormalmente bassa¹³, non può legittimamente procedere al rigetto in assenza della preventiva richiesta scritta all'offerente delle precisazioni ritenute «pertinenti» in merito agli elementi costitutivi di siffatta offerta (comma 1) e della conseguente verifica delle stesse e delle relative giustificazioni, da svolgersi anche mediante la consultazione dell'offerente medesimo (comma 2).

La disposizione in esame, onde conformare lo stato del diritto interno al consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria al riguardo¹⁴, individua un'elencazione, da ritenersi indicativa, delle precisazioni in parola, tra le quali desta particolare interesse il riferimento alla «eventualità che l'offe-

¹¹ Consiglio di Stato, V sez., sentenza 20 marzo 2007 n. 1343 (in *Giorn. dir. amm.*, fasc. 6, 2007, p. 651 ss.); nella prassi invalsa in epoca anteriore alla riforma, si evidenzia che in assenza di previsioni di tale analiticità (sia nella legge n. 109/1994 sia nell'art. 64 del dpr n. 554/1999) si era affermato il potere delle stazioni appaltanti di inserire nel bando la procedura di verifica della congruità dell'offerta economicamente più vantaggiosa per determinate soglie.

¹² Si fa particolare riferimento all'art. 25 dlgs 17 marzo 1995 n. 157 («Attuazione della direttiva n. 92/50/Cee in materia di appalti pubblici di servizi») e all'art. 25 dlgs 17 marzo 1995 n. 158 («Attuazione delle direttive n. 90/531/Cee e n. 93/38/Cee relative alle procedure di appalti nei settori esclusi»), sui quali ci si sofferma nel prosieguo (cfr. par. 3).

¹³ Con maggiore precisione, l'art. 55 della direttiva n. 2004/18/Ce specificava «anormalmente basse rispetto alla prestazione».

¹⁴ Si fa riferimento, in particolare, alla sentenza della Corte di giustizia (VI Sezione) del 27 novembre 2001, nei procedimenti riuniti n. C-285/99 e n. C-286/99, relativa alle domande di pronuncia pregiudiziale proposte dal Consiglio di Stato con ordinanze del 26 maggio 1999, secondo la quale il diritto comunitario (in particolare, la direttiva n. 93/37/Cee all'epoca vigente) «si oppone alla normativa e alla prassi amministrativa di uno Stato membro che consentono all'amministrazione aggiudicatrice di respingere come anormalmente basse le offerte che presentano un ribasso superiore alla soglia di anomalia, tenendo conto unicamente delle giustificazioni dei prezzi proposti, pari ad almeno il 75% dell'importo posto a base d'asta menzionato nel bando di gara, che gli offerenti erano tenuti ad allegare alla loro offerta, senza concedere a questi ultimi la possibilità di far valere il loro punto di vista, dopo l'apertura delle buste, sugli elementi di prezzo offerti che hanno dato luogo a sospetti. Esso si oppone anche alla normativa ed alla prassi amministrativa di uno Stato membro che impongono all'amministrazione aggiudicatrice di prendere in considerazione, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, solamente le giustificazioni fondate sull'economicità del procedimento di costruzione o delle soluzioni tecniche adottate o sulle condizioni particolarmente favorevoli di cui gode l'offerente, ad esclusione di giustificazioni relative a tutti quegli elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative ovvero i cui valori sono rilevabili da dati ufficiali» (Cfr. E. VALLANIA, *La Corte di Giustizia della Comunità europea interpreta la conformità con l'ordinamento comunitario della normativa italiana in materia di offerte anomale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2001, p. 1224, M. ZOPPOLATO, *Anomalia delle offerte negli appalti pubblici, metodo di calcolo della soglia, contraddittorio e giustificazioni: una nuova sconfitta per il legislatore nazionale (e per la giurisprudenza prevalente)*, ivi, p. 1238; D. MACCARONE, *Il procedimento di verifica dell'anomalia secondo la Corte di giustizia europea*, in *Foro amm.* - C.d.S., 2002, p. 13).

rente ottenga un aiuto di Stato» (comma 2, lett. f.)¹⁵.

La consolidata giurisprudenza comunitaria aveva ritenuto contrastante con i principi di libera concorrenza l'art. 25, dlgs n. 157/1995, relativo ai settori ordinari, nella parte in cui escludeva la possibilità di fornire giustificazioni concernenti elementi i cui valori minimi risultassero stabiliti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, ovvero i cui valori fossero rilevabili da atti ufficiali¹⁶, in questo trovando pieno seguito nella giurisprudenza italiana¹⁷ nonché pervenendo a significative evoluzioni anche in epoca recente¹⁸.

Ad integrazione delle previsioni comunitarie, l'art. 87 citato ha pertanto disposto la non ammissibilità delle sole giustificazioni fondate sulla deroga a

¹⁵ L'art. 87, comma 2, riproducendo le previsioni dell'art. 55, par. 1, della direttiva, prevede inoltre «l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione, del metodo di prestazione del servizio» (lett. a.); «le soluzioni tecniche adottate» (lett. b.); «le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti o per prestare i servizi» (lett. c.); «l'originalità del progetto, dei lavori, delle forniture, dei servizi offerti» (lett. d., che aggiunge il riferimento al «progetto»); «il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione» (lett. e.). La Legge finanziaria per il 2007, all'art. 1 comma 909, ha eliminato l'ipotesi contemplata dalla lett. e, nonché dall'art. 55, lett. d. della direttiva relativa al «rispetto delle norme vigenti in tema di sicurezza e condizioni di lavoro». Per quanto attiene al divieto ex art. 87 del Codice secondo cui l'offerta presentata in sede di gara pubblica non può prevedere trattamenti salariali inferiori al minimo stabilito dalle tabelle periodicamente elaborate dal Ministero del lavoro, si veda T.A.R. Sicilia Palermo, Sezione II, sentenza 28 novembre 2007, n. 3223 (*Pulisan S.A.S. c. Presidenza della Regione Siciliana ed altri*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, fasc. 2, p. 257).

¹⁶ Si veda – oltre alla sentenza del 27 novembre 2001 nei procedimenti n. C-285/99 e n. C-286/99 sulla quale ci si è soffermati in precedenza – la sentenza della Corte di giustizia del 16 ottobre 1997 in causa n. 304/96 (*Hera S.p.A. c. USL n. 3 - Genovese ed altri*), secondo la quale l'art. 30, n. 4, della direttiva n. 93/37/Cee deve essere interpretato nel senso che non consente all'Amministrazione aggiudicatrice, dopo il 31 dicembre 1992, di rifiutare le offerte che presentano un carattere anormalmente basso senza osservare la procedura di verifica prevista al primo comma della stessa disposizione; si veda pure la sentenza della Corte di giustizia del 7 ottobre 2004 in causa n. C-247/02 (*Sintesi S.p.A. c. Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, Ingg. Provera e Carassi S.p.A.*) secondo la quale il diritto comunitario osta ad una normativa nazionale la quale, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso.

¹⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, 26 aprile 2005, n. 1889.

¹⁸ Si fa riferimento alla sentenza della Corte di giustizia del 15 maggio 2008 nei procedimenti riuniti n. C-147/06 e n. C-148/06 (*SECAP S.p.A. c. Comune di Torino e altri*), secondo la quale le norme fondamentali del Trattato relative alle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, nonché il principio generale di non discriminazione, ostano a una normativa nazionale che in materia di appalti che presentano un interesse transfrontaliero certo (nella specie, si trattava di quelli disciplinati dalla direttiva n. 93/37/Cee vigente all'epoca della vicenda *de qua*), imponga tassativamente alle amministrazioni aggiudicatrici, qualora il numero delle offerte valide sia superiore a cinque, di procedere all'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse rispetto alla prestazione da fornire, in base all'applicazione di un criterio matematico previsto da tale disciplina, precludendo alle suddette amministrazioni qualsivoglia possibilità di verificare la composizione di tali offerte richiedendo ai rispettivi offerenti precisazioni in merito. Secondo i giudici di Lussemburgo, questo non si verificherebbe nell'ipotesi in cui una normativa nazionale o locale, o la stessa amministrazione aggiudicatrice – in ragione del numero eccessivamente elevato di offerte che potrebbe obbligare l'amministrazione a procedere alla verifica in contraddittorio di un numero di offerte talmente alto da eccedere la sua capacità amministrativa o da compromettere la realizzazione del progetto a causa del tempo necessario – fissasse una soglia ragionevole al di sopra della quale si applicherebbe l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse.

trattamenti salariali minimi stabiliti per legge, ovvero agli oneri di sicurezza¹⁹.

Con rigore anche superiore alle disposizioni della direttiva, il combinato disposto degli artt. 86, comma 5, e 87, comma 2, dispone che le giustificazioni in parola corredino l'offerta «sin dalla presentazione» secondo le modalità precisate dal bando o dalla lettera di invito.

2. Il rigetto delle offerte anomale in conseguenza di un aiuto di Stato

Con riferimento all'ipotesi che l'offerente ottenga un aiuto di Stato, il rigetto dell'offerta anomala è limitato, ex art. 87, comma 5, del Codice, unicamente all'eventualità che l'offerente, debitamente consultato, non sia «in grado di dimostrare, entro un termine stabilito dall'amministrazione e non inferiore a quindici giorni, che l'aiuto in questione era stato concesso legalmente»²⁰.

La peculiarità dell'ipotesi di respingimento delle offerte anomale, in conseguenza di un aiuto statale, già risulta dalla rilevazione testuale che il relativo procedimento differisce sensibilmente da quello predisposto in via generale, ex art. 88 del Codice, per la verifica e l'esclusione delle offerte anormalmente basse in tutti i casi diversi dall'aiuto di Stato.

In tali casi, infatti, dopo la richiesta di giustificazioni, all'offerente l'amministrazione assegna un termine non inferiore a dieci giorni per presentare, per iscritto, le giustificazioni richieste; prima di escludere l'offerta, l'offerente è convocato, con un anticipo non inferiore a cinque giorni lavorativi, ed è invitato ad indicare ogni elemento che ritenga utile. L'esclusione da parte della stazione appaltante è obbligatoria allorché l'offerta, in base all'esame degli elementi forniti, sia risultata «nel suo complesso, inaffidabile»²¹.

A tanto si aggiunge che, nell'ipotesi di offerta anomala per la sussistenza di aiuto statale, al fine di consentire un adeguato livello di informazione nel complesso sistema istituzionale dell'Unione europea, predisposto alla tutela della concorrenza nel mercato comune, l'art. 87, comma 5, citato pone in capo all'amministrazione aggiudicatrice, che abbia disposto il rigetto di un'offerta «in tali circostanze», l'obbligo di informare la Commissione.

¹⁹ Si veda, in tal senso, T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 12 maggio 2006, n. 3487 (V. *S.R.L. e altri c. Ministero degli Affari Esteri e altri*).

²⁰ La previsione del termine minimo di quindici giorni era assente nell'art. 55, par. 3, della direttiva n. 2004/18/Ce.

²¹ Con riguardo al potere della stazione appaltante di chiedere giustificazioni ulteriori e diverse rispetto a quelle già richieste, in senso favorevole, si veda T.A.R. Lazio Roma, sez. III, sentenza 21 marzo 2008, n. 2514, conforme a Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 23 agosto 2006 n. 4949, secondo cui in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, l'accertamento della serietà e congruità della stessa può esser condotta in relazione alle condizioni del mercato e può svolgersi in più riprese e con più richieste di integrazioni e chiarimenti, non sussistendo espresse limitazioni normative al riguardo.

Già in epoca anteriore alla riforma in esame, l'art. 25 dlgo 17 marzo 1995 n. 157 («Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi») e l'art. 25 dlgo 17 marzo 1995 n. 158 («Attuazione delle direttive n. 90/531/Cee e n. 93/38/Cee relative alle procedure di appalti nei settori esclusi»), entrambi abrogati dall'art. 256 del Codice, contenevano previsioni di siffatto tenore.

In particolare, maggiore analiticità si riscontrava nella disciplina ex art. 25 dlgo n. 158/1995 in materia di aiuti statali alle imprese concorrenti nelle procedure di aggiudicazione relative ai settori esclusi, secondo cui: «(...) i soggetti aggiudicatori possono respingere le offerte che sono anormalmente basse in virtù della concessione di un aiuto di Stato unicamente se hanno consultato l'offerente e se quest'ultimo non è stato in grado di dimostrare che detto aiuto è stato notificato alla Commissione CE a norma dell'art. 93, par. 3, del Trattato o è stato da essa autorizzato. I soggetti aggiudicatori che respingono per tali motivi l'offerta ne informano la Commissione CE»²².

Questa previsione non rinviava tuttavia alla verifica che l'aiuto fosse stato legalmente concesso (il che costituisce indubbiamente un dato di carattere sostanziale) bensì alla mera sussistenza della previa notificazione dell'aiuto alla Commissione (ovvero un criterio di natura essenzialmente formale).

3. Il problema dell'aiuto «concesso legalmente»

In attesa che si consolidino i primi orientamenti giurisprudenziali in ordine alle disposizioni di recente introduzione, di indubbio interesse risulta la problematica relativa al concetto di aiuto «concesso legalmente», cui fa rinvio l'art. 87, comma 5, del Codice allorquando disciplina l'ipotesi di rigetto dell'offerta anomala.

Ampia è la dottrina in materia di aiuti di Stato, anche con riferimento alla normativa in materia di appalti pubblici²³.

²² Per quanto attiene al rapporto tra normativa antecedente e *ius superveniens*, si veda T.A.R. Lazio Roma, sez. II *ter*, 22 gennaio 2007, n. 616, secondo cui l'amministrazione che ravvisi la illegittimità del bando di gara e dell'allegato disciplinare, nella parte in cui testualmente richiamano una disposizione di legge da ritenersi abrogata dal dlgo n. 163/2006, ove intenda bandire una nuova gara, conforme alla normativa vigente in materia di presupposti e procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, ha l'obbligo di provvedere preventivamente all'annullamento in autotutela del bando *de quo*. (Nel caso di specie la commissione giudicatrice, anziché dare applicazione alla indicata norma di cui all'art. 25 del dlgo n. 157/1995, cui si era vincolata in sede di bando di gara e di disciplinare, ha proceduto ai sensi degli artt. 86 ed 87 del dlgo n. 163/2006, seguendo il nuovo procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte ivi previsto per gli appalti pubblici di servizi).

²³ F. BUCHICCHIO, *Offerte anomale, i criteri di valutazione. Ambito e limiti della discrezionalità tecnica* (nota a Cons. di Stato, sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5013), in *Diritto e Giustizia*, 2004, fasc. 29, p. 94-96; M. AUDITORE, *Il giudizio su offerte anomale nelle gare per l'aggiudicazione di appalti di forniture di rilievo comunitario* (nota a T.A.R. Lazio, sez. I *quater*, 19 maggio 2004, n. 4716), in *I Tribunali Amministrativi Regionali*, 2004, fasc. 3, p. 904-908; R. DE NICTOLIS, *Offerta «non*

Secondo l'art. 87 del Trattato CE²⁴, alla luce della relativa elaborazione giurisprudenziale, l'aiuto di Stato si configura nell'intervento dello Stato o di altro ente pubblico che, sotto qualsiasi forma, direttamente od indirettamente²⁵, arrechi un beneficio economico ad una o più imprese²⁶, senza la previsione di alcun corrispettivo²⁷ oppure con la corresponsione di un corrispettivo tanto esiguo che un investitore privato di adeguate dimensioni economiche, in presenza di condizioni analoghe, non avrebbe posto in essere un intervento analogo a quello dello Stato, pur essendo disponibile a ricavarne una remunerazione solo dopo un lungo termine²⁸.

Mentre questa nozione comprende gli interventi pubblici destinati ad agevolare l'insieme delle imprese appartenenti ad un determinato settore, essa esclude gli interventi pubblici di politica economica generale, diretti a promuovere lo sviluppo del sistema economico nel suo complesso²⁹.

In base all'art. 86 (già art. 90), par. 1, del Trattato CE, le norme sugli aiuti si applicano anche nei confronti delle imprese pubbliche: ritenendo queste imprese fortemente integrate con i pubblici poteri, con notevole difficoltà nella rilevazione dell'esistenza degli aiuti, la Commissione ha emanato tre direttive ex art. 86, par. 3, onde rendere trasparenti le relazioni finanziarie tra le imprese pubbliche e gli Stati cui le stesse appartengono³⁰.

anomala» e obbligo di motivazione (nota a Cons. di Stato, sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1080), in *Urbanistica e appalti*, 2004, fasc. 6, pp. 671 – 675; G. MANGIALARDI, *Il sindacato del g.a. sulla valutazione di anomalia dell'offerta* (nota a Cons. di Stato, sez. IV, 17 giugno 2003, n. 4350), in *Urbanistica e appalti*, 2004, fasc. 1, pp. 83-87. Per una prospettiva complessiva dell'articolata materia si rinvia a C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, Cedam, 2000.

²⁴ L'art. 87 (già art. 92) del Trattato CE vieta agli Stati membri di fornire aiuti alle imprese, qualora tali aiuti, «favorendo talune imprese o talune produzioni», «falsino o minaccino di falsare la concorrenza» e possano arrecare un pregiudizio al commercio tra gli Stati membri, in coerenza con l'obbligo di cooperazione ex art. 5 del Trattato CE che preclude agli stessi di adottare, sotto qualsiasi forma, provvedimenti suscettibili di compromettere «l'effetto utile delle norme sulla concorrenza applicabili alle imprese» (Cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 6, p. 399).

²⁵ Secondo la Corte è sufficiente che l'intervento sia «imputabile» allo Stato (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 1991 in causa n. C-303/88, *Repubblica italiana c. Commissione*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1433 ss.).

²⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 1994 in causa n. C-387/92, *Banco Exterior de España*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 877 ss.

²⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Reischl del 9 gennaio 1980 in causa n. 61/79, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Denavit italiana Srl*, in *Raccolta*, 1980, p. 1205 ss.

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 1991 in causa n. C-303/88, *Repubblica italiana c. Commissione*, cit. *supra*, nota 25.

²⁹ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione in materia di aiuti di Stato, in *Guce* n. C 312 del 23 novembre 1995, p. 8, della quale si evidenzia il punto 7 relativo alle esigenze e alle modalità di cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione in materia di aiuti di Stato.

³⁰ Direttive della Commissione Cee n. 80/723/Cee, del 25 giugno 1980, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, in *Guce* n. L 195 del 29 luglio 1980, p. 35; n. 85/413/Cee, del 24 luglio 1985, che modifica la direttiva n. 80/723/Cee, in *Guce* n. L 229 del 28 agosto 1985, p. 20 e n. 93/84/Cee, del 30 settembre 1993, che modifica la direttiva n. 80/723/Cee, in *Guce* n. L 254 del 12 ottobre 1993, p. 16. La prima delle direttive citate

Il par. 3, del medesimo articolo, prevede inoltre che la Commissione possa dichiarare compatibili con il mercato comune determinate tipologie di aiuti ivi specificamente indicate, o le altre indicate dal Consiglio con apposita decisione³¹.

In base all'art. 88, par. 3, gli Stati membri che intendano erogare degli aiuti, ritenendoli ricompresi tra quelli previsti dall'art. 87, par. 2 e 3, devono trasmettere alla Commissione il progetto di aiuto ed attendere, prima di porre in essere l'intervento, che la Commissione ne abbia dichiarato la compatibilità con il mercato comune³².

4. Ipotesi di interpretazione evolutiva nel quadro delle procedure comunitarie *antitrust*

Per un più esauriente inquadramento della problematica in esame si rende necessario collocare il tema degli aiuti di Stato alle imprese partecipanti all'aggiudicazione di un contratto pubblico nel più vasto ambito dei procedimenti comunitari *antitrust* e della loro recente evoluzione.

Le norme contenute negli artt. 81 e 82 del Trattato CE sono immediatamente vincolanti per le imprese, nel senso che le intese e gli abusi di posizione dominante sono vietati, senza che occorra una decisione preventiva in tal senso³³.

In altri termini, le disposizioni ora richiamate sono direttamente applicabili in via orizzontale: la nullità di un'intesa vietata, l'illiceità di un abuso di posizione dominante, il conseguente diritto al risarcimento dei danni possono essere fatti valere da chiunque vi abbia interesse dinanzi a un giudice nazionale e possono essere rilevati anche d'ufficio³⁴.

è interpretata in senso funzionale ad una maggiore efficacia nell'applicazione degli artt. 87 e 88 (già 92 e 93) del Trattato CE alle imprese pubbliche; cfr. sentenze della Corte di giustizia del 6 luglio 1982 in cause riunite da n. 188 a n. 190/80, *Repubblica francese ed altri c. Commissione*, in *Raccolta*, 1982, p. 2545 ss. e del 16 giugno 1987 in causa n. 118/85, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1987, p. 2599.

³¹ Secondo il par. 2, non sono vietati *ipso iure* gli aiuti concessi ai consumatori per fini sociali e quelli destinati ad alleviare le conseguenze di calamità naturali.

³² Dall'ambito di applicazione dell'art. 87, par. 1, sono esclusi gli aiuti c.d. *de minimis*, ovvero quelli che, in ragione della loro modesta entità, non possono incidere in modo significativo sugli scambi tra gli Stati membri (cfr. Comunicazione della Commissione del 23 novembre 1995, *cit. supra*, nota 29).

³³ Siffatta configurazione risultava già allo stato dell'art. 1 Regolamento Cee n. 17/1962 del Consiglio del 6 febbraio 1962, in *Guce* n. 13 del 21 febbraio 1962, p. 204 ss.

³⁴ Comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato Cee, in *Guce* n. C 39 del 13 febbraio 1993, p. 6. V., anche, sentenza della Corte di giustizia del 30 gennaio 1974 in causa n. 127/73, *BRT c. SABAM I*, e E. A. RAFFAELLI, *I giudici nazionali e il diritto comunitario della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 1 ss. Per una riflessione sull'antigiuridicità dei comportamenti vietati dagli artt. 81 e 82 alla luce dei principi del sistema giuridico nazionale v.: G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nel-*

Secondo l'originario impianto del Trattato CE, i giudici nazionali non potevano, tuttavia, dichiarare un'intesa esentata dal divieto ai sensi dell'art. 81, par. 3, in quanto questo tipo di decisione implicava una valutazione «alla luce degli obbiettivi della politica comunitaria della concorrenza» che si riteneva necessariamente riservata, in via esclusiva, alla Commissione³⁵.

Gli stessi giudici dovevano tenere conto delle decisioni e dei regolamenti di esenzione adottati dalla Commissione stessa in base all'art. 81, par. 3³⁶.

Questo assetto della disciplina divergeva dall'esperienza statunitense, nella quale il ruolo dei giudici ha assunto un rilievo sempre maggiore per l'applicazione del diritto *antitrust*, non solo attraverso le cause intentate dalla pubblica autorità, ma soprattutto attraverso le cause intentate dai privati per risarcimento danni, che vengono definite dalla dottrina «*the main motor of enforcement*»³⁷.

Deve inoltre considerarsi che la violazione degli artt. 81 e 82, oltre a configurare illecito civile, costituisce altresì un illecito amministrativo perseguibile dalle autorità *antitrust* nazionali o dalla Commissione CE, quale autorità amministrativa incaricata di vigilare sul rispetto della concorrenza, secondo il criterio del particolare interesse – economico, giuridico o politico – per la Comunità.

Anche in questo ambito, secondo le originarie disposizioni comunitarie, già ispirate al principio di sussidiarietà, le autorità *antitrust* nazionali avevano il potere di applicare direttamente gli artt. 81 ed 82, anche per i relativi aspetti procedurali, fatto salvo l'effetto assorbente dell'eventuale intervento della Commissione nella fattispecie concreta³⁸.

Il quadro normativo così delineato è stato profondamente innovato ad opera del Regolamento Ce n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente le modalità di applicazione delle regole di concorrenza di cui agli

la «tutela della concorrenza», in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 543 ss.

³⁵ G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 6, p. 677.

³⁶ Sulla diretta applicabilità dell'art. 90, par. 1, v. A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 383.

³⁷ Cfr. L. RITTER - W. D. BRAUN - F. RAWLINSON, *EEC Competition Law*, Deventer, Kluwer, 1991, p. 657 ss., citato in P. FATTORI - M. DE VITA, *Il regime sanzionatorio delle intese restrittive della concorrenza e degli abusi di posizione dominante*, in *Temi e problemi (Autorità garante della concorrenza e del mercato)*, settembre 1996, p. 13, ove si evidenzia che l'efficacia dell'ordinamento statunitense risulta viepiù rafforzata dall'attribuzione-previsione, nel *Clayton Antitrust Act* del 1914, del diritto di persone fisiche o giuridiche – che si ritengano danneggiate «in their business or propriety» da una violazione del diritto della concorrenza – di agire in giudizio per ottenere un risarcimento fino al triplo del danno subito (c.d. «private treble damage action»). In merito alla posizione giuridica dei terzi interessati all'erogazione di un aiuto statale, nel diritto comunitario, si veda G. BELOTTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario della concorrenza - Della tutela dei terzi*, in questa *Rivista*, 1995, p. 469 ss.

³⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 6 febbraio 1973 in causa n. 48/72, *SA Brasserie de Haecht c. Wilkin-Janssen*, per la cui analisi si rinvia a F. CAPELLI, *Le sentenze "De Haecht" e "Continental Can" e l'interpretazione evolutiva del diritto comunitario*, in *Scritti di diritto comunitario*, Broni, Tipolito Fraschini, 1979, vol. II, p. 505-510.

artt. 81 e 82 del Trattato, che abroga e sostituisce il Regolamento n. 17/62, con decorrenza dal 1° maggio 2004, data alla quale è entrato in vigore³⁹.

Obiettivo del nuovo regime di applicazione delle procedure *antitrust* è garantire un'osservanza effettiva delle regole comunitarie della concorrenza nell'interesse dei consumatori e delle imprese, alleviando gli oneri formali e amministrativi delle imprese che esercitano la propria attività nel territorio della Comunità⁴⁰.

Il sistema di controllo centrale e il principio della competenza esclusiva della Commissione, stabiliti dal Regolamento n. 17/62, avevano infatti indotto le imprese a notificare una moltitudine di accordi, rischiando di vanificare gli sforzi diretti a promuovere un'applicazione rigorosa delle regole di concorrenza.

Questa riforma, che si può ritenere avviata dalla Commissione stessa con il *Libro Bianco* del 1999, compie la transizione da un sistema centralizzato di notificazione preventiva a un sistema di eccezione direttamente applicabile, basandosi sull'applicazione decentrata delle regole della concorrenza e sul potenziamento del controllo *ex post*.

Il Regolamento n. 1/2003 alleggerisce il lavoro della Commissione, consentendo a quest'ultima di svolgere un'azione più efficace contro le infrazioni gravi delle regole di concorrenza, e rafforza al contempo il ruolo delle autorità e delle giurisdizioni nazionali nell'attuazione del diritto della concorrenza, favorendone l'applicazione uniforme⁴¹.

La disciplina in esame semplifica inoltre le formalità amministrative a carico delle imprese, rendendole al contempo più autonome ma anche, attraverso il sistema di eccezione direttamente applicabile, direttamente responsabili della compatibilità dei propri accordi con il diritto comunitario della concorrenza.

Vengono inoltre responsabilizzate le autorità europee garanti della concorrenza, inclusa la Commissione e le giurisdizioni nazionali, per le quali il conferimento di maggiori poteri di controllo non è disgiunto dal compito di garantire il reciproco coordinamento delle rispettive azioni⁴².

³⁹ Per una disamina complessiva della riforma delle procedure comunitarie a tutela della concorrenza, si rinvia a F. CAPELLI, *Principi, obiettivi e filosofia della nuova disciplina antitrust comunitaria*, in questa *Rivista*, 2007, p. 5 ss.

⁴⁰ In merito al rapporto tra disciplina comunitaria della concorrenza e principio di sussidiarietà, anteriormente alla riforma di cui al Regolamento n. 1/2003, si veda L. DI VIA, *L'applicazione del principio di sussidiarietà nel diritto della concorrenza italiano e comunitario*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1996, p. 71.

⁴¹ Sui progetti per l'istituzione di un ufficio europeo per la concorrenza, indipendente dalla Commissione, si veda C. D. EHLERMANN, *Reflections on a European cartel office*, *CMLR*, 1995, p. 471 ss.

⁴² Tale assetto dei rapporti correnti tra Commissione europea e autorità nazionali, nell'esercizio dei rispettivi poteri in materia di concorrenza, risulta inoltre rafforzato dal recente orientamento della Corte comunitaria, secondo la quale «il principio del primato del diritto comunitario esige che sia disapplicata qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore a quest'ultima», siffatta disap-

Con specifico riguardo alla materia degli aiuti degli Stati, la funzione preminente attribuita alla Commissione, soprattutto in sede di accertamento dell'incompatibilità di un aiuto con il mercato comune, oltre che essere confermata dalle legislazioni *antitrust* nazionali⁴³, rileva anche in base all'ultima parte dell'art. 88 (già art. 93), par. 3, del Trattato – da ritenersi peraltro norma dotata di efficacia diretta e quindi suscettibile di essere immediatamente invocata dinanzi ai giudici nazionali – che fa espresso divieto allo Stato membro di dare esecuzione ai progetti diretti ad istituire o modificare aiuti, notificati alla Commissione, prima che la stessa si sia pronunciata nel merito⁴⁴.

In questa prospettiva, deve essere tenuta in costante considerazione la giurisprudenza domestica di più spiccata sensibilità in materia, oramai costante nel riconoscere siffatta efficacia diretta anche con riguardo alle decisioni della Commissione di sospendere una misura di aiuto, o di dichiararla incompatibile o di ordinarne la restituzione, donde l'invalidità o l'inefficacia delle norme di legge e degli atti amministrativi o negoziali in virtù dei quali la misura di aiuto è stata erogata; tale vincolo, avendo come destinatario non solo lo Stato membro bensì pure i soggetti dell'ordinamento interno, ivi comprese le autorità nazionali, amministrative e giurisdizionali, rende viziata da errore di diritto anche la sentenza del giudice interno che abbia ritenuto irrilevante la

plicazione risultando obbligatoria non soltanto per le autorità giurisdizionali dello Stato bensì anche per quelle amministrative, ivi inclusa l'Autorità *antitrust* nazionale, sul presupposto che l'effetto utile delle norme comunitarie risulterebbe oltremodo affievolito se l'autorità nazionale non potesse valutare il contrasto di una disposizione nazionale con le disposizioni del Trattato CE, esercitando il conseguente potere di disapplicazione di tale disposizione (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 9 settembre 2003 in causa n. C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 8055 ss. nonché, in dottrina, A. ADINOLFI - L. DANIELE - B. NASCIBENE - S. AMEDEO, *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al regolamento (Ce) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, Giuffrè, 2007).

⁴³ Si consideri, infatti, anche secondo principi già richiamati, che mentre la violazione degli artt. 81 e 82 configura un illecito amministrativo perseguibile anche dalle autorità *antitrust* nazionali, non altrettanto è previsto per il divieto di aiuti di Stato (art. 87, *cit.*), per la cui osservanza i correlati poteri di controllo e di decisione, per quanto attiene all'ambito amministrativo dell'intervento, sono attribuiti esclusivamente alla Commissione, con esclusione della competenza delle autorità nazionali (come risulta, per l'Italia, dall'articolato normativo di cui alla legge 10 ottobre 1990 n. 287). In ordine alla problematica concernente l'estrema articolazione del sistema comunitario di tutela del diritto della concorrenza, si veda F. CAPELLI, *Osservazioni sulla proposta tedesca di istituire un organo autonomo competente in materia di concorrenza all'interno della Comunità europea*, in questa *Rivista*, 1996, p. 213 ss.

⁴⁴ Secondo l'opinione della Corte, l'efficacia diretta della disposizione in parola discende dalla circostanza che il provvedimento con cui si dispone l'esecuzione di una misura di aiuto, in violazione della procedura prevista dall'art. 88, par. 3, risulta affetto da illegittimità non sanabile neppure attraverso un'eventuale decisione positiva della Commissione sulla misura di aiuto (cfr. Comunicazione della Commissione del 23 novembre 1995, *cit. supra*, nota 29). Per quanto attiene agli obblighi di notifica, la Corte ha ritenuto che l'autorizzazione della Commissione ad un regime di aiuti per il quale sia stato violato l'obbligo di notifica non assume efficacia sanante *ex tunc*, per cui l'attività compiuta in violazione del divieto di esecuzione ex art. 88, *cit.*, rimane viziata *ab origine* a nulla rilevando il tempo di proposizione di una domanda giudiziale volta a statuire sulle posizioni giuridiche soggettive con riguardo a periodi impositivi anteriori alla data di adozione dell'autorizzazione da parte degli organi comunitari (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2006 in causa n. C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 9957 ss.).

decisione della Commissione di sospendere una misura di aiuto fino all'esito della procedura di verifica⁴⁵.

5. Considerazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni svolte e delle possibili interpretazioni delle disposizioni esaminate, peraltro di recente vigenza e dunque in attesa del consolidamento della relativa giurisprudenza, è possibile concludere la presente disamina, soffermandosi intorno a talune problematiche allo stato non ancora risolvibili e strettamente collegate alla questione di ordine generale, riguardante il significato dell'espressione "*concesso legalmente*" utilizzata dal legislatore nell'art. 87 del Codice⁴⁶.

Trattasi probabilmente di una previsione nella quale in sede di attuazione dei precetti comunitari, la pur apprezzabile preoccupazione del legislatore nazionale per il dettaglio normativo, potrebbe pregiudicare la piena effettività delle disposizioni di cui invero si sarebbe inteso garantire una rigorosa osservanza.

Ci si riferisce in primo luogo alla definizione delle modalità dell'accertamento cui la stazione appaltante procede in ambito di informazioni ulteriori, ai sensi dell'art. 87, comma 5, ovvero se la stessa possa procedere autonomamente all'accertamento, anche ove l'aiuto non le sia comunicato ma sia comunque giunto a conoscenza dell'amministrazione.

In secondo luogo, risultano incerti i criteri di verifica del nesso eziologico eventualmente sussistente tra offerta anormalmente bassa e aiuto di Stato, da riscontrare probabilmente secondo criteri quantitativi; connesso a siffatta questione risulta il tema, di carattere processuale, relativo all'eventuale inversione dell'onere probatorio a carico dell'imprenditore nei riguardi della stazione appaltante.

Occorre infine definire gli effetti dell'attivazione della Commissione e di una sua decisione di dichiarare illegittimo l'aiuto, con particolare riguardo alla procedura di gara e, se del caso, all'esecuzione del contratto pubblico.

Antonio Natali*

⁴⁵ Cfr. Cass. civ., sez. V, 7 novembre 2005, n. 21561; Cass. civ., sez. V, 10 novembre 2006, n. 24065.

⁴⁶ Ulteriori rilievi al riguardo potranno essere formulati dopo l'entrata in vigore del dpr 28 gennaio 2005, recante «Regolamento di attuazione ed esecuzione del codice dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture, a norma dell'art. 5 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163», in attesa di pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale*.

* Dottore di ricerca in Rapporti giuridici tra principi comunitari, costituzionali ed internazionalizzazione del mercato / Università degli Studi di Salerno.

**MISURE URGENTI PER LA LIBERALIZZAZIONE DEL MERCATO
ELETTRICO NELLE MORE DEL PIENO RECEPIMENTO
DELLA DIRETTIVA N. 2003/54/CE**

Decreto legge n. 73 del 18 giugno 2007. Misure urgenti per l'attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia*

Il Presidente della Repubblica

Visti gli artt. 77 e 87 della Costituzione;

Visto l'art. 117, secondo e terzo comma, della Costituzione;

Visto il parere motivato C (2006) 6116 reso dalla Commissione europea in data 12 dicembre 2006 nella procedura d'infrazione 2006/2057;

Ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di adottare immediate misure, in attesa del completo recepimento della direttiva n. 2003/54/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, per l'attuazione delle disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia in vista dell'apertura del mercato libero anche ai clienti domestici a decorrere dal 1° luglio 2007;

Vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 15 giugno 2007;

Sulla proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro per le politiche europee;

Emana il seguente decreto-legge:

Articolo 1

1. A decorrere dal 1° luglio 2007 l'attività di distribuzione di energia elettrica per le imprese le cui reti alimentano almeno 100.000 clienti finali è svolta in regime di separazione societaria rispetto all'attività di vendita. Tali imprese di distribuzione, che svolgano alla data del 30 giugno 2007 l'attività di vendita di energia elettrica in forma integrata, costituiscono entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore

* In *Guri* n. 139 del 18 giugno 2007. Il testo del d.l. n. 73/2007, qui riportato, è stato coordinato dalla Redazione della *Rivista* con le modifiche apportate dalla legge di conversione n. 125 del 3 agosto 2007, in *Guri* n. 188 del 14 agosto 2007. In argomento v. *infra*, p. 591 ss., il commento di *PATRIZIA QUAIA*.

del presente decreto, una o più apposite società per azioni alle quali trasferiscono i beni e i rapporti, le attività e le passività relativi all'attività di vendita. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas adotta disposizioni per la separazione funzionale, anche per lo stoccaggio di gas, secondo le direttive n. 2003/54/Ce e n. 2003/55/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, e definisce le modalità con cui le imprese di distribuzione di energia elettrica o di gas naturale garantiscono, nel rispetto delle esigenze di *privacy*, l'accesso tempestivo e non discriminatorio ai dati dell'ultimo anno derivanti dai sistemi informativi e dall'attività di misura, relativi ai consumi dei clienti connessi alla propria rete, strettamente necessari per la formulazione delle offerte commerciali e la gestione dei contratti di fornitura¹.

2. A decorrere dal 1° luglio 2007 i clienti finali domestici hanno diritto di recedere dal preesistente contratto di fornitura di energia elettrica come clienti vincolati, secondo modalità stabilite dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e di scegliere un fornitore diverso dal proprio distributore. In mancanza di tale scelta, l'erogazione del servizio per i clienti finali domestici non riforniti di energia elettrica sul mercato libero è garantita dall'impresa di distribuzione, anche attraverso apposite società di vendita, e la funzione di approvvigionamento continua ad essere svolta dall'Acquirente Unico Spa di cui all'art. 4 del dlgs n. 89 del 16 marzo 1999. Le imprese connesse in bassa tensione, aventi meno di 50 dipendenti e un fatturato annuo non superiore a 10 milioni di euro sono automaticamente comprese nel regime di tutela di cui al presente comma².

2-bis. Il Ministero dello sviluppo economico, con propri provvedimenti, promuove la piena attuazione di quanto previsto dall'art. 3, par. 3, della direttiva n. 2003/54/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, al fine di rafforzare la posizione di mercato dei clienti civili e della piccola e media utenza, attraverso l'associazione su base volontaria della rappresentanza di tale categoria di utenti³.

3. Per garantire le disposizioni comunitarie in materia di servizio universale, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas indica condizioni *standard* di erogazione del servizio e definisce transitoriamente, in base ai costi effettivi del servizio, prezzi di riferimento per le forniture di energia elettrica ai clienti di cui al comma 2 e per le forniture di gas naturale ai clienti domestici, che le imprese di distribuzione o di vendita, nell'ambito degli obblighi di servizio pubblico, comprendono tra le proprie offerte commerciali contemplando anche la possibilità di scelta tra piani tariffari e fasce orarie differenziate. È fatta salva l'adozione, ai sensi dell'art. 1, comma 375, della legge n. 266 del 23 dicembre 2005, con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e il Ministro della solidarietà sociale, entro il termine di sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, di misure volte a tutelare utenti in particolari condizioni di salute o di svantaggio economico. Sono altresì fatti salvi i poteri di vigilanza e di intervento dell'Autorità a tutela dei diritti degli utenti, anche nei casi di verificati e ingiustificati aumenti dei prezzi e alterazioni delle condizioni

¹ Comma così modificato dalla legge di conversione n. 125 del 3 agosto 2007.

² Comma così modificato dalla legge di conversione n. 125 del 3 agosto 2007.

³ Comma aggiunto dalla legge di conversione n. 125 del 3 agosto 2007.

del servizio per i clienti che non hanno ancora esercitato il diritto di scelta⁴.

4. Il Ministro dello sviluppo economico emana indirizzi e, su proposta dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, con proprio decreto adotta disposizioni, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, per assicurare il servizio di salvaguardia ai clienti finali che abbiano autocertificato di non rientrare nel regime di cui al comma 2 senza fornitore di energia elettrica o che non abbiano scelto il proprio fornitore, attraverso procedure concorsuali per aree territoriali e a condizioni che incentivino il passaggio al mercato libero, secondo criteri di gradualità. Fino all'operatività di tale servizio, la continuità della fornitura per tali clienti è assicurata dalle imprese di distribuzione o dalle società di vendita collegate a tali imprese, a condizioni e prezzi resi pubblici e non discriminatori⁵.

5. Le imprese di vendita di energia elettrica forniscono, nelle fatture e nel materiale promozionale inviato ai propri clienti finali, le informazioni sulla composizione del mix energetico utilizzato per la produzione dell'energia elettrica fornita nel periodo di due anni precedenti e indicano le fonti informative disponibili sull'impatto ambientale della produzione, utili al fine di risparmiare energia, secondo modalità definite con decreto del Ministro dello sviluppo economico, sentito il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, su proposta dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto⁶.

6. Il Ministero dello sviluppo economico adotta iniziative per la sicurezza del sistema elettrico e la confrontabilità dei prezzi ai clienti finali, anche attraverso la definizione degli *standard* minimi di informazione che devono essere accessibili attraverso la bolletta e la pubblicazione, sul sito *web* dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, di tavole sinottiche di confronto tra i prezzi rilevabili sul mercato libero, per tipologia di clientela, e i prezzi di riferimento, definiti in base a quanto disposto dal comma 3 del presente articolo ed attua le disposizioni in materia di ricerca e sviluppo di sistema previste dal decreto del Ministro delle attività produttive 8 marzo 2006, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 63 del 16 marzo 2006, rientranti tra gli oneri generali di sistema gestiti dalla Cassa conguaglio per il settore elettrico, anche mediante gli accordi di programma triennali previsti dal decreto del Ministro delle attività produttive 23 marzo 2006, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 102 del 4 maggio 2006, per l'attuazione dei quali le attività sono prorogate per gli anni 2007 e 2008 per pari importi⁷.

6-bis. Al fine di favorire la liberalizzazione del mercato dell'energia e lo sviluppo del mercato dei servizi energetici, con propri regolamenti il Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, semplifica le procedure per l'accesso da parte delle pubbliche amministrazioni a finanziamento tramite terzi e ne favorisce il ricorso a servizi energetici volti all'efficienza energetica, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica⁸.

⁴ Comma così sostituito dalla legge di conversione n. 125 del 3 agosto 2007.

⁵ Comma così modificato dalla legge di conversione n. 125 del 3 agosto 2007.

⁶ Comma così modificato dalla legge di conversione n. 125 del 3 agosto 2007.

⁷ Comma così modificato dalla legge di conversione n. 125 del 3 agosto 2007.

⁸ Comma aggiunto dalla legge di conversione n. 125 del 3 agosto 2007.

Articolo 2

1. Il presente decreto entra in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* e sarà presentato alle Camere per la conversione in legge.

(Omissis)

LA LIBERALIZZAZIONE DEL MERCATO ELETTRICO E LA GESTIONE DEI SERVIZI A RETE NEL RISPETTO DEGLI INTERESSI PRIMARI CONCORRENTI: LA SICUREZZA DELL'APPROVVIGIONAMENTO, LA TUTELA DELL'AMBIENTE E LA PROTEZIONE DEI CONSUMATORI

Nota a commento del decreto legge 18 giugno 2007 n. 73 (in *Guri* n. 139 del 18 giugno). - Decreto convertito, con modificazioni, in legge 3 agosto 2007 n. 125.

Sommario: *Introduzione - 1. La necessaria gradualità del processo di liberalizzazione - 2. La c.d. «prima» direttiva elettrica - 3. La c.d. «seconda» direttiva elettrica - 4. L'auspicato completamento della liberalizzazione nel mercato interno italiano - 5. Le novità del d.l. n. 73 del 18 giugno 2007 - 6. Le fasi della filiera elettrica rimaste "non libere": trasmissione, dispacciamento e distribuzione - 7. Gli interessi primari prevalenti sull'interesse alla promozione della massima concorrenza - 8. L'occhio dei consumatori valuta i servizi: un indicatore insostituibile della qualità da coltivare - 9. Come assicurare lo sviluppo e l'efficienza dei servizi a rete.*

Introduzione

La "liberalizzazione", nell'accezione di apertura al mercato di settori economici protetti, impone un delicato equilibrio di norme e di esercizio di pubblici poteri.

Da un lato, vi è l'esigenza di assicurare la presenza di più operatori economici nell'obiettivo di una distribuzione della ricchezza che avvantaggi anche il consumatore, attraverso il miglior rapporto "qualità-prezzo", che può sintetizzarsi nell'espressione "apertura del mercato".

Dall'altro, appare non meno necessario che tale apertura sia effettiva, al fine di scongiurare il perpetuarsi di un sostanziale monopolio¹, pur nelle for-

¹ La Società ENEL S.p.A., monopolista per diverso tempo nel mercato elettrico italiano, viene costituita come ente pubblico con legge n. 1643/1962, in occasione della nazionalizzazione delle imprese operanti nella produzione, distribuzione e trasporto di energia elettrica. Nel 1992 venne trasformata in società per azioni e quindi quotata in Borsa a partire dal 1999.

me di un'apparente liberalizzazione.

Sotto un ulteriore aspetto, va altresì soddisfatta l'esigenza di quei soggetti, che già operavano nel mercato protetto, di posizionarsi in modo da poter competere alla pari nel nuovo mercato liberalizzato.

L'obiettivo della liberalizzazione è dunque quello di porre più operatori in grado di competere secondo regole che assicurino qualità, continuità ed economicità del servizio lungo l'intera sua filiera, dalla produzione del bene alla sua distribuzione all'utente finale.

Quanto sopra presuppone l'esistenza di un sistema normativo che garantisca a tutti gli operatori esistenti di far parte della partita, in un ruolo iniziale comunque controllabile, e ciò nel momento in cui si deve provvedere alla ridistribuzione (attraverso la cessione o l'accesso da parte di terzi) delle risorse infrastrutturali esistenti.

La soluzione fornita dal nostro ordinamento e da quello comunitario è stata quella di un sistema che, definite le linee principali del processo di liberalizzazione, affida a singole Autorità indipendenti la potestà di regolazione in via amministrativa, talché a tali Autorità competono l'assunzione di determinazioni che incentivino la concorrenza nel rispetto dei principi di *proporzionalità* e di *tutela degli operatori e dei consumatori*.

Per quanto concerne il mercato elettrico, ai sensi dell'art. 1 del dlgs n. 79/1999², «sono libere, nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico» le attività di produzione, esportazione, importazione e vendita di energia elettrica.

Anche in questo settore, il completamento del mercato interno e la promozione della competitività rientrano tra gli obiettivi fondamentali della politica energetica comunitaria; più complessa che in altri ambiti ne risulta tuttavia l'applicazione, potendosi qualificare come servizi ad interesse pubblico generale, per i quali possono essere invocate la sicurezza e continuità dell'approvvigionamento in deroga al principio di libera circolazione delle merci.

1. La necessaria gradualità del processo di liberalizzazione

Il perseguimento dei suddetti obiettivi è apparso sin da subito particolarmente complesso, e ciò sia nel settore dell'energia elettrica, che in quello del gas.

Da un lato, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza comunitaria (cfr. sentenze della Corte di giustizia nelle cause n. C-393/92, *Almelo* e n. C-

² Il dlgs n. 79/1999, detto anche Decreto Bersani, in recepimento della direttiva n. 96/92/Ce, ha attuato la prima riforma strutturale del settore elettrico. Per effetto di tale decreto sono stati istituiti il GRTN (Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale) e l'Acquirente Unico, operanti al fine di favorire la concorrenza nelle attività di produzione, importazione ed esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica. Il citato decreto ha inoltre introdotto il limite del 50% dell'energia elettrica prodotta e importata in Italia quale tetto massimo di energia producibile da parte di un solo soggetto. Tale limite ha indotto ENEL a dismettere entro il 1° gennaio 2003 almeno 15.000 MW della propria capacità produttiva sul mercato. (cfr. E. GRIPPO - F. MANCA, *Manuale Breve di Diritto dell'Energia*, Padova, Cedam, 2008, p. 348).

158/94, *Commissione c. Italia*), le forniture dell'energia elettrica e del gas possono essere qualificate, nei rispettivi ordinamenti nazionali, come servizi di interesse economico generale, con conseguente applicazione dello speciale "statuto" derivante dagli artt. 16 ed 86 del Trattato.

Dall'altro, l'art. 30 del Trattato consente la deroga alla libera circolazione delle merci per ragioni di pubblica sicurezza, invocabili nel settore di cui discutiamo al fine di garantire in ogni situazione la sicurezza e la continuità dell'approvvigionamento.

Per instaurare ambiti effettivi di concorrenza in questi settori, occorreva poi superare la situazione di monopolio naturale in cui sono state gestite le reti elettriche e del gas, a causa della loro unicità; sarebbe stato infatti impensabile risolvere la questione favorendo un antieconomico proliferare di reti alternative³.

Forti di tali argomenti, gli Stati sono riusciti a mantenere a lungo regolamentazioni restrittive, fatta salva l'eccezione del Regno Unito, che ha anticipato tutti in materia di liberalizzazione dell'energia elettrica (con l'*Electricity Act 1989*).

Considerate la difficoltà di trasformare assetti monopolistici consolidati e la necessità di non pregiudicare il soddisfacimento degli obblighi di servizio pubblico connessi all'esercizio delle attività di cui si discute, il legislatore comunitario optava per una liberalizzazione graduale, per fasi successive, di apertura del mercato.

Con la direttiva n. 90/377/Cee del Consiglio del 29 giugno 1990, la Comunità interveniva in materia di trasparenza dei prezzi dell'energia elettrica e del gas ai consumatori finali dell'industria, allo scopo di rendere i mercati nazionali più omogenei ed agevolare una formazione dei prezzi più coerente.

Sempre alla prima fase appaiono riconducibili le direttive note come *Common Transit*, rispettivamente direttiva n. 90/547/Cee del Consiglio del 29 ottobre 1990 per l'energia elettrica e direttiva n. 91/296/Cee del Consiglio del 31 maggio 1991 per il gas – oggi abrogate – relative al transito di energia elettrica e gas tra gli Stati membri sulle grandi reti di trasporto ad alta tensione (per l'energia elettrica) e ad alta pressione (per il gas).

³ Il c.d. «Third Party Access» è il rimedio giuridico elaborato per superare, in tutto o in parte, la difficoltà insita nei sistemi a rete, di liberalizzare il mercato di tali sistemi, a causa della posizione di monopolio, occupata dal possessore della rete o di impianti essenziali per il funzionamento del sistema. Esso consiste nell'obbligare i soggetti che si trovano in tale posizione a consentire agli altri operatori del settore l'accesso ai loro sistemi, a condizioni regolate o concordate, stante l'evidente diseconomia di duplicare la rete esistente. La direttiva n. 90/547/Ce (c.d. *Common Transit*) individua l'accesso dei terzi alle reti come mezzo per aumentare gli scambi di elettricità e così accrescere la possibilità di scelta per il consumatore. Il dlgo n. 164/2000 sceglie l'accesso regolato, cioè obbligatorio sulla base di regole predefinite, al posto dell'accesso c.d. negoziato, in cui l'obbligo è di negoziare e pubblicare tariffe medie di accesso) (cfr. E. GRIPPO - F. MANCA, *Manuale Breve di Diritto dell'Energia*, cit. *supra*, nota 2, p. 326).

2. La c.d. «prima» direttiva elettrica

Una successiva e decisiva fase della liberalizzazione si aprì con le «*prime*» direttive sul mercato interno dell'energia elettrica e del gas ovvero la direttiva n. 96/92/Ce per l'energia elettrica e la direttiva n. 98/30/Ce per il gas⁴.

Tali direttive distinguevano tra «clienti idonei» e clienti vincolati⁵: solo ai primi, clienti con consumi superiori ad una certa soglia definita dagli Stati membri, venivano riconosciuti la libertà di concludere liberamente contratti di fornitura di energia elettrica o gas e il diritto di accesso alle reti per il relativo trasporto.

Per i restanti clienti, i c.d. clienti vincolati, la prima direttiva non imponeva alcuna liberalizzazione nelle forniture; le relative forniture rimanevano perciò regolate dalle norme nazionali.

Nel rispetto del principio di sussidiarietà, le citate direttive delineavano un quadro di principi generali, lasciando agli Stati la definizione delle modalità di organizzazione delle attività.

Per citare un esempio, la prima direttiva, con riguardo all'attività di produzione di energia elettrica, riconosceva agli Stati la possibilità di scegliere – per la realizzazione di nuovi impianti – tra l'autorizzazione e la gara d'appalto⁶.

Appare evidente che alla scelta dell'uno piuttosto che dell'altro regime seguiva un diverso grado di liberalizzazione: mentre l'autorizzazione lasciava libertà agli operatori di realizzare una nuova capacità quantitativa di energia elettrica non soggetta a vincoli, nel caso di gara d'appalto la nuova capacità produttiva sarebbe rimasta soggetta alla programmazione pubblica⁷.

Con tutti i loro limiti, le «prime» direttive in materia di energia ebbero comunque il merito di far partire il processo di liberalizzazione che, anche grazie alla c.d. «strategia di Lisbona», si dischiuse ad un'ulteriore fase di apertura⁸.

⁴ Attuate nell'ordinamento italiano rispettivamente con il dlgo n. 79 del 16 marzo 1999 ed il dlgo n. 164 del 23 maggio 2000.

⁵ Il legislatore italiano ha utilizzato questa definizione all'art. 2, comma 7, del dlgo n. 79/1999. Per l'attribuzione della qualifica di clienti idonei, la direttiva prevedeva un graduale abbassamento della soglia di consumo inizialmente fissata.

⁶ Si vedano gli artt. 4-6 della direttiva n. 96/92/Ce.

⁷ Il legislatore italiano optava per il regime autorizzatorio (cfr. art. 8 del dlgo n. 79/1999).

⁸ Nelle Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000, si riportava testualmente: «Riforme economiche per un mercato interno completo e pienamente operativo. 16. Per completare il mercato interno in taluni settori e per migliorare le prestazioni insoddisfacenti di altri è necessario agire rapidamente per tutelare gli interessi delle imprese e dei consumatori. Altresì fondamentale, se si vogliono sfruttare interamente i vantaggi derivanti dalla liberalizzazione del mercato, è un quadro efficace per una revisione e un miglioramento costanti, basato sulla strategia per il mercato interno approvata dal Consiglio europeo di Helsinki. Inoltre, sono anche essenziali regole eque ed applicate uniformemente in materia di concorrenza e di aiuti di Stato onde garantire che le imprese possano prosperare e operare efficacemente su un piano di parità nel mercato interno. 17. Il Consiglio europeo chiede pertanto alla Commissione, al Consiglio e agli Stati membri, nell'ambito delle rispettive competenze:

- di elaborare, entro la fine del 2000, una strategia per la soppressione degli ostacoli ai servizi;
- di accelerare la liberalizzazione in settori quali gas, energia elettrica, servizi postali e trasporti.

(...). L'obiettivo è quello di ottenere, in tali settori, un mercato interno pienamente operativo; nella

3. La c.d. «seconda» direttiva elettrica

Si giunge così all'emanazione della seconda direttiva elettricità, la direttiva n. 2003/54/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, che abroga la precedente direttiva n. 96/92/Ce⁹.

La «seconda direttiva» disciplina l'intera sequenza delle attività elettriche dalla produzione, alla trasmissione, fino alla distribuzione ed alla fornitura (vendita) ai clienti intermedi o finali.

Nel settore della produzione elettrica viene definitivamente superata ogni forma di programmazione pubblica dell'offerta, cancellando il sistema della gara d'appalto, previsto dalla «prima» direttiva in alternativa al regime autorizzatorio.

Ai sensi dell'art. 6 della direttiva n. 2003/54/Ce «per la costruzione di nuovi impianti di generazione gli Stati membri adottano una procedura di autorizzazione informata a criteri di obiettività, trasparenza e non discriminazione», criteri predefiniti dai singoli Stati, da rendere pubblici.

Cionondimeno, ove la produzione derivante dalla capacità autorizzata non garantisca la sicurezza dell'approvvigionamento o per conseguire obiettivi di tutela ambientale o promuovere nuove tecnologie, l'art. 7 autorizza gli Stati membri a ricorrere alla gara pubblica in via suppletiva.

Per quanto concerne la vendita ai clienti finali, il completamento della liberalizzazione per qualsiasi tipo di clientela veniva fissato al 1° luglio 2007, richiedendo agli Stati membri l'adozione di misure adeguate per garantire «un elevato livello di protezione dei consumatori, con particolare riguardo alla trasparenza delle condizioni generali di contratto, alle informazioni generali ed ai meccanismi di risoluzione delle controversie» (art. 3 della direttiva n. 2003/54/Ce)¹⁰.

L'obiettivo di tale «seconda» direttiva elettricità è definitivamente la completa apertura del mercato interno dell'energia elettrica dal lato della domanda: essa ha ulteriormente ampliato l'applicazione del principio di uguaglianza tra operatori nel mercato ed ha ristretto la facoltà degli Stati di derogare alla disciplina comunitaria, mediante la previsione di meccanismi più stringenti per lo svolgimento dei servizi pubblici e l'abrogazione del regime

riunione della primavera prossima il Consiglio europeo verificherà i progressi compiuti sulla base di una relazione della Commissione e di opportune proposte» (http://www.unive.it/media/allegato/studi_prog_ricerca/programmi%20europei/Strategia_Lisbona/Strategia_di_Lisbona2000.pdf).

⁹ La direttiva n. 2004/54/Ce è stata modificata dalla direttiva n. 2004/85/Ce e dalla direttiva n. 2008/3/Ce.

¹⁰ L'azione comunitaria si è svolta anche sul piano fiscale attraverso la direttiva n. 2003/96/Ce del Consiglio, del 27 ottobre 2003, che ha fissato livelli minimi di tassazione - per tale riferendosi al cumulo di tutte le imposte indirette, eccetto l'IVA, per la maggior parte dei prodotti energetici, compresa l'energia elettrica.

di deroghe transitorie¹¹.

Invero, secondo l'art. 21 della direttiva n. 2003/54/Ce, gli Stati membri provvedono affinché i clienti idonei siano:

- a. in pratica, coloro che hanno un consumo superiore annuo a 9 GWh e le società di distribuzione che riforniscono clienti idonei;
- b. dal 1° luglio 2004, tutti i clienti industriali e commerciali;
- c. dal 1° luglio 2007, tutti i clienti, anche quelli domestici.

Dal 1° luglio 2007, come previsto dalla citata direttiva, non esiste quindi più il c.d. «doppio mercato»¹².

Altro punto innovativo concerne il diritto di accesso alle reti senza discriminazioni, trasparente ed a prezzi ragionevoli, che il sesto ed il settimo *considerando* della «seconda direttiva» affermano necessario per il buon funzionamento della concorrenza e di fondamentale importanza per il completamento del mercato interno dell'energia elettrica.

L'art. 20 dispone infatti che gli Stati membri debbano garantire l'attuazione di un sistema di accesso ai terzi ai sistemi di trasmissione e distribuzione basato su tariffe approvate dall'Autorità nazionale di regolamentazione e pubblicate prima della loro entrata in vigore.

Il gestore del sistema di trasmissione o distribuzione può rifiutare l'accesso quando manchi della necessaria capacità, ma il rifiuto deve essere debitamente motivato¹³.

¹¹ Le deroghe transitorie concesse dalla Commissione al principio di non discriminazione nell'accesso alla rete sono attualmente limitate ai casi di seri problemi per la gestione di piccole reti isolate (cfr. art. 26, *Deroghe*).

¹² E. GRIPPO - F. MANCA, *Manuale Breve di Diritto dell'Energia*, cit. *supra*, nota 2, p. 200.

¹³ Circa l'interpretazione dell'art. 20 della direttiva n. 2003/54, si è espressa la Corte di giustizia con la recente sentenza del 22 maggio 2008 in causa n. C-439/06. In particolare la Corte ha ritenuto che l'art. 20 della direttiva n. 2003/54 osta ad una disposizione come l'art. 110, n. 1, punto 1, della legge 7 luglio 2005 tedesca, che dispensa taluni gestori di sistemi di approvvigionamento energetico dall'obbligo di concedere a terzi il libero accesso a tali sistemi, argomentando che essi sono ubicati in una zona operativa che costituisce un'area geografica unitaria e che sono utilizzati principalmente per provveder al trasporto di energia all'interno di una determinata impresa e verso imprese collegate. Nella fattispecie, la questione concerneva la Società che gestisce il sistema privato di approvvigionamento di energia per l'aeroporto di Lipzig/Halle e delle altre 93 imprese stabilite nell'area dell'aeroporto. Tale sistema, qualificato come sistema di distribuzione ai sensi dell'art. 2, punto 5, della direttiva, secondo la Corte non può formare oggetto di deroga ai sensi della normativa tedesca. Anche in questo caso i giudici comunitari hanno accertato l'obbligo di consentire l'accesso a tale sistema, anche ove il sistema venga utilizzato per trasportare energia elettrica all'interno di una determinata impresa e verso imprese collegate.

Con sentenza del 9 ottobre 2008 in causa n. C-239/07, *Sabatauskas e.a.*, inedita in *Raccolta*, la Corte ha altresì interpretato il citato art. 20 nel senso che esso definisce gli obblighi degli Stati solo per quanto riguarda l'accesso, ma non la connessione dei terzi alle reti di trasmissione e di distribuzione dell'energia elettrica, e che esso non prevede che il sistema di accesso alle reti, che gli Stati membri devono attuare, debba anche consentire ai clienti idonei di scegliere discrezionalmente a che tipo di rete connettersi. Esso dispone altresì che gli impianti di un cliente idoneo possano essere connessi alla rete di trasmissione solo se il gestore della rete di distribuzione rifiuta motivatamente di connettere alla sua rete gli impianti di tale cliente.

Nel settore elettrico è altresì previsto l'obbligo per gli Stati di garantire ai clienti civili e, se necessario, anche alle piccole imprese la possibilità di usufruire del servizio universale, «cioè del diritto alla fornitura di energia elettrica di una qualità specifica a prezzi ragionevoli, facilmente e chiaramente comparabili e trasparenti. Per garantire la fornitura del servizio universale, gli Stati membri possono designare un fornitore di ultima istanza» (art. 3).

Ai sensi del comma sesto dell'art. 3, sia attraverso materiale promozionale, sia attraverso i documenti contabili quali le fatture, la direttiva prevede inoltre che debbano essere fornite ai consumatori tutta una serie di informazioni concernenti le percentuali delle fonti energetiche¹⁴ utilizzate per la produzione dell'energia elettrica offerta o venduta, nonché gli elementi relativi all'impatto di tale produzione sull'ambiente¹⁵.

Nel corso del 2007 si è avuto un rilancio della politica energetica comunitaria, in particolare con la presentazione da parte della Commissione di un "terzo" pacchetto legislativo per il mercato comune dell'energia e del gas.

Tale pacchetto include la proposta di direttiva recante modifica alla direttiva n. 2003/54/Ce, la proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio recante modifica al Regolamento (Ce) n. 1228/2003, la proposta di regolamento per l'istituzione dell'Agenzia per la cooperazione dei regolatori del mercato dell'energia¹⁶.

¹⁴ Le fonti di energia elettrica sono diverse, tra cui il carbone fossile e prodotti derivati, il petrolio e suoi derivati, il gas e suoi derivati, i combustibili nucleari (uranio arricchito), legno, biomasse, oli vegetali, bioetanolo, biodiesel. Vi sono poi le fonti energetiche rinnovabili, che non si esauriscono in un tempo finito, ma che si riproducono virtualmente all'infinito per effetto ad esempio dell'energia solare, delle maree (attrazione lunare), della geotermia (calore interno della terra). Ai sensi dell'art. 2 del dlgs n. 79/1999, «fonti energetiche rinnovabili sono il sole, il vento, le risorse idriche, le risorse geotermiche, le maree, il moto ondoso e la trasformazione in energia elettrica dei prodotti vegetali o dei rifiuti organici». Ai sensi dell'art. 2 della direttiva n. 2001/77/Ce, «fonti energetiche rinnovabili, le fonti energetiche rinnovabili non fossili (eolica, solare, geotermica, del moto ondoso, maremotrice, idraulica, biomassa, gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas)».

¹⁵ Ciò appare fondamentale quale strumento per consentire ai consumatori di orientare le proprie scelte verso produzioni sostenibili ed a basso impatto ambientale.

Le nuove sfide energetiche hanno infatti evidenziato che il legislatore non può più limitarsi ad agire per garantire la disponibilità fisica dell'energia, ma l'approvvigionamento energetico deve realizzarsi in modo ecologicamente sostenibile ed a costi abbordabili – ovvero sostenibili anche per gli utenti finali.

¹⁶ La priorità perseguita dalla Comunità è lo sviluppo delle infrastrutture di interconnessione e di generazione, a fronte dell'insufficiente integrazione tra mercati nazionali e dell'alta concentrazione e scarsa liquidità della domanda nel mercato interno (cfr. Z. BROCKA BALBI - M. BARRA, *Mercato interno dell'energia elettrica e dei servizi pubblici – la tutela dei piccoli clienti finali in Italia*, in *Dir. comm. int.*, 2007, p. 763 ss.). Con riferimento all'Italia la Commissione ha rilevato la perdurante posizione di dominanza dell'Enel (cfr. Comunicazione della Commissione del 10 gennaio 2007 *Una politica energetica per l'Europa*).

4. L'auspicato completamento della liberalizzazione nel mercato interno italiano

Con il d.l. n. 73 del 18 giugno 2007, poi convertito con modificazioni con legge n. 125 del 3 agosto 2007, l'Italia ha adottato misure urgenti per rispettare la scadenza del 1° luglio 2007, fissata dalla «seconda» direttiva elettricità affinché a decorrere da tale data tutti i clienti del settore elettrico fossero idonei, e quindi anche i clienti domestici¹⁷.

La decretazione d'urgenza¹⁸ si è resa indispensabile al fine di evitare un'imminente procedura d'infrazione da parte della Commissione europea, nonché per evitare rischi nella regolarità e nei prezzi delle forniture a tutti i clienti domestici italiani.

5. Le novità del d.l. n. 73 del 18 giugno 2007

Dal 1° luglio 2007, ogni cliente finale è, in base a quanto dispone l'art. 1, comma 30, della legge n. 239/2004, cliente idoneo, libero di scegliere un fornitore sul mercato.

Questa naturalmente la novità fondamentale, che induceva tuttavia la necessità di introdurre altre novità, necessarie a rimuovere le norme interne in contrasto con l'apertura del mercato ed a far sì che l'ingresso del consumatore domestico nel mercato libero avvenisse con regole certe, mantenendo inalterati i livelli di tutela previsti dalle norme comunitarie per il servizio pubblico.

Il comma 1 dell'articolo unico del decreto in esame introduce nel nostro ordinamento l'obbligo di separazione societaria tra l'attività di vendita e l'attività di distribuzione¹⁹.

¹⁷ Prima del d.l. n. 73/07, la legislazione italiana aveva semplicemente introdotto al suo interno la scadenza del 1° luglio 2007, con la legge n. 239 del 23 agosto 2004, ma senza definire quali regole e quali regimi di tutela applicare ai clienti finali. «Lo stato dell'iter parlamentare del disegno approvato nel giugno 2006 dal Governo per il completamento del processo di liberalizzazione del mercato elettrico, recentemente licenziato dalla competente Commissione del Senato in prima lettura (atto 691-A) non consente di adottare il previsto decreto delegato in tempo utile» (da "La relazione al decreto legge 73/2007", in *Guida al Diritto*, n. 27 del 7 luglio 2007, p. 17).

¹⁸ Si legge nella Relazione governativa sopra citata, che «le norme d'urgenza (...) riguardano la modifica delle disposizioni dell'ordinamento nazionale che oggi si pongono in contrasto o che non sono adeguate rispetto alla completa liberalizzazione del mercato, in un'ottica di transizione graduale ed evolutiva». La Commissione europea aveva infatti già rilevato elementi di non conformità dell'ordinamento nazionale alle direttive comunitarie, e, tra l'altro, un eccesso di tutela regolatoria con proprio parere motivato del 12 dicembre 2006. Non ritenendo sufficienti le risposte fornite dal Governo italiano, né l'imminente presentazione di un decreto legge *ad hoc*, la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea aveva segnalato che, in assenza di fatti nuovi, sarebbe stato proposto per l'Italia ricorso alla Corte di giustizia nella riunione del 27 giugno 2007.

¹⁹ Il principio dell'*"unbundling"* della separazione tra proprietà della rete e attività di produzione, trasmissione e distribuzione di energia elettrica è finalizzato ad assicurare la necessaria trasparenza (cui si accompagna il diritto di ciascuno Stato di accedere alla contabilità aziendale degli operatori del mercato elettrico) dei costi e ricavi di ciascuna di tali attività nelle imprese vertical-

Sono escluse da tale obbligo le imprese di minori dimensioni (sino a 100.000 clienti finali).

Va segnalata altra disposizione di cui al comma 1 del citato art. 1, che attribuisce all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas²⁰ il compito di definire le modalità con cui le imprese di distribuzione di gas o elettricità garantiscono l'accesso tempestivo e non discriminatorio ai dati derivanti dai sistemi e dall'attività di misura, relativi ai consumi dei clienti connessi alla propria rete, dati indispensabili per la formulazione di offerte commerciali e per la gestione dei contratti di fornitura.

Anche qui l'obiettivo della realizzazione di un mercato competitivo viene perseguito attraverso l'introduzione di un preciso obbligo per le imprese distributrici di gestione trasparente e non discriminatoria dei dati a disposizione.

È sempre l'AEEG a stabilire (art. 1, comma secondo, del decreto in esame) le modalità con cui i clienti finali possono recedere a partire dalla data del 1° luglio 2007 dal precedente contratto di fornitura, scegliendo un fornitore diverso dal proprio distributore.

A seguito del parere motivato emesso dalla Commissione europea il 15 dicembre 2006²¹, sono state diversificate le forme di garanzie per i clienti non domestici, riservando il regime previsto per i clienti domestici alle sole piccole imprese con meno di cinquanta dipendenti e non più di dieci milioni di fatturato l'anno.

Il comma 2 *bis* dell'art. 1 (introdotto in sede di conversione del decreto) stabilisce inoltre che il Ministero per lo sviluppo economico promuova l'associazione su base volontaria della rappresentanza dei clienti domestici e della piccola e media utenza, e ciò al dichiarato fine di rafforzarne la posizione quali interlocutori del mercato.

È ancora l'Autorità di regolazione destinataria di un altro importantissimo compito: quello di indicare condizioni *standard* del servizio e prezzi di riferimento per le forniture di energia elettrica ai clienti domestici e piccole imprese agli stessi assimilate, che le imprese di distribuzione o vendita «nell'ambito dei propri obblighi di servizio pubblico»²² devono inserire nelle pro-

mente integrate cfr. E. GRIPPO - F. MANCA, *Manuale Breve di Diritto dell'Energia*, cit. *supra*, nota 2, p. 404).

²⁰ È l'autorità amministrativa indipendente istituita con la legge n. 481 del 14 novembre 1995, con funzioni di regolazione e di controllo dei settori dell'energia elettrica e del gas. L'AEEG, che opera in condizioni di relativa autonomia dal Governo, adotta le misure necessarie al funzionamento del mercato energetico e svolge «attività consultiva e di segnalazione al Governo nelle materie di propria competenza anche ai fini della definizione, del recepimento e dell'attuazione della normativa comunitaria» (art. 2 della legge istitutiva). Il ruolo specifico dell'AEEG è stato in parte modificato dal dlgs n. 79/1999 e dalla legge n. 239/2004.

²¹ Il parere motivato costituisce la seconda fase della procedura di infrazione (o procedura per inadempimento) prevista dall'art. 226 Trattato CE. In mancanza di una risposta soddisfacente da parte dello Stato interessato, la Commissione può sottoporre la questione alla Corte di giustizia delle Comunità europee.

²² Recita il 26° *considerando* della direttiva n. 2003/54/Ce, «Il rispetto degli obblighi relativi al

prie offerte commerciali²³.

In sede di conversione del decreto è stata altresì prevista l'adozione di misure volte a tutelare utenti in particolari condizioni di salute o di svantaggio economico.

Il comma 4 dell'art. 1 del decreto in esame concerne i clienti non domestici con più di 50 dipendenti e oltre dieci milioni di fatturato che non abbiano ancora scelto un fornitore.

La norma designa il Ministero per lo sviluppo economico a formulare indirizzi e norme per il riordino del servizio del fornitore di ultima istanza, finalizzato a garantire la continuità del servizio, attraverso gare pubbliche per aree territoriali e a condizioni tali da incentivare detti clienti a transitare verso il mercato libero.

Altra novità fondamentale, introdotta dal comma quinto dell'art. 1, è l'obbligo (già previsto dall'art. 3, par. 6, della direttiva n. 2003/54/Ce), per le imprese di vendita di energia elettrica di fornire ai propri clienti le informazioni sul *mix* di combustibili utilizzati per la produzione dell'energia elettrica fornita²⁴.

Il comma 6 prevede infine che il Ministero dello sviluppo economico attui iniziative per la sicurezza del sistema elettrico e per la confrontabilità dei prezzi ai clienti finali nonché adotti le disposizioni in materia di ricerca e sviluppo di sistema nel settore elettrico, in connessione alla riorganizzazione del mercato.

La ricerca e lo sviluppo nel settore elettrico è stata riconosciuta anche dalla Commissione europea quale attività di interesse pubblico.

Tra gli scopi generali di tale ricerca fondamentale vi è quello di consentire, con l'apporto economico degli utilizzatori di energia elettrica, uno sviluppo del sistema elettrico coerente con le necessità economiche e sociali nazionali, nel rispetto dell'ambiente.

A partire dal 1° luglio 2007 quindi tutti i clienti finali hanno la possibilità di stipulare i contratti con qualsiasi venditore, mentre solo i clienti che non

servizio pubblico è un elemento fondamentale della presente direttiva ed è importante che in essa siano definiti *standard* minimi comuni, rispettati da tutti gli Stati membri, che tengano conto degli obiettivi della protezione comune, della sicurezza degli approvvigionamenti, della tutela dell'ambiente e di livelli equivalenti di concorrenza in tutti gli Stati membri. È importante che gli obblighi relativi al servizio pubblico possano essere interpretati su base nazionale, tenendo conto di circostanze nazionali e fatto salvo il rispetto della legislazione comunitaria».

²³ Con la previsione in esame, modificata dalla legge di conversione del decreto di cui si discute, l'obiettivo del legislatore è dunque quello di fornire ai clienti un livello di informazione necessaria anche per comparare le offerte provenienti dal mercato libero, livello di informazione indispensabile per rendere reale e sostanziale il diritto di scegliere a cognizione veduta il proprio fornitore (S. MEZZACAPO, in *Guida al Diritto*, n. 27 del 7 luglio 2007, p. 20).

²⁴ Il disegno di legge n. 1649 di conversione in legge del d.l. n. 73 del 18 giugno 2007, approvato dal Senato il 17 luglio 2007, recita in proposito: «il comma 5 attua l'obbligo comunitario di informazione al consumatore sulla composizione del mix energetico complessivo (da fonti rinnovabili e/o tradizionali) per la produzione dell'energia elettrica fornita di cui all'art. 3, par. 6, della citata direttiva n. 2003/54/Ce, la cui mancata attuazione è stata oggetto dei rilievi della Commissione europea nella procedura d'infrazione 2006/2057, chiusasi con parere motivato».

hanno esercitato il recesso dai contratti preesistenti (beneficiari del c.d. servizio di maggior tutela) possono ancora avvalersi di Acquirente Unico^{25 26}.

A partire dal 1° maggio 2008, il servizio di salvaguardia²⁷ è svolto dalle società di vendita, all'uopo selezionate da Acquirente Unico, nel rispetto del Regolamento che disciplina le procedure concorsuali per la loro individuazione²⁸.

La natura transitoria di tali funzioni in capo ad Acquirente Unico e l'assenza di un termine per il completo recepimento della seconda direttiva rende tuttavia incerta la conformità del sistema italiano all'ordinamento comunitario.

Il riferimento delle funzioni medesime agli obblighi di servizio pubblico per la sicurezza dell'approvvigionamento dei clienti finali non corrisponde all'obbligo di sicurezza dell'approvvigionamento previsto dalle direttive.

Esse si riferiscono alla garanzia dell'equilibrio tra domanda ed offerta nel sistema elettrico e non alla sicurezza dell'approvvigionamento dei clienti finali.

La funzione di Acquirente Unico quale intermediario *sine die* nella fornitura dei piccoli clienti finali nel servizio di maggior tutela appare nei fatti suscettibile di influenzare negativamente il gioco della libera concorrenza e limitare concretamente la portata dell'apertura del mercato senza garantire chiari vantaggi agli utenti finali²⁹.

²⁵ Acquirente Unico Spa è una società per azioni, costituita ai sensi dell'art. 4 del dlgs n. 79/1999, cui è affidato il compito di assicurare la fornitura di energia elettrica ai clienti tutelati a prezzi competitivi e in condizioni di continuità, sicurezza ed efficienza del servizio, con la duplice responsabilità di negoziare le forniture di energia elettrica e l'accesso alla rete e di svolgere il servizio di rifornimento in favore delle società di distribuzione, per soddisfare la domanda dei clienti vincolati. La stessa funzione è attualmente svolta nei confronti dei clienti finali beneficiari del servizio di maggior tutela.

²⁶ Con decreto del Ministro dello Sviluppo Economico dell'8 febbraio 2008 n. 906 è stata disposta la proroga al 1° maggio 2008 per l'avvio del servizio di salvaguardia di cui al d.l. n. 73/07 convertito in legge 3 agosto 2007 n. 125.

²⁷ Il servizio di salvaguardia è offerto ai clienti – diversi da quelli domestici e dalle piccole imprese – che, non avendo operato il recesso dai contratti preesistenti, sono comunque rimasti senza fornitore. Detto servizio, dal 1° luglio 2007 fornito in via transitoria da Acquirente Unico Spa, viene fornito dal 1° maggio 2008 da operatori individuati mediante procedure concorsuali. Le condizioni dei citati servizi di maggior tutela e di salvaguardia sono determinate dall'AEEG con delibera del 27 giugno 2007, n. 156/07.

²⁸ Il decreto del Ministro dello sviluppo economico n. 731 del 23 novembre 2007 definisce le modalità e i criteri per assicurare il "servizio di salvaguardia" sul mercato elettrico, dopo la liberalizzazione scattata il primo luglio 2007.

Il servizio, rivolto alle imprese con oltre 50 dipendenti e con un fatturato superiore a 10 milioni di euro (ossia quelle che non possono accedere al regime di tutela per le famiglie e le piccole imprese e che sono rimaste nel mercato vincolato pur potendo uscirne già prima del 1° luglio 2007), assicura la fornitura di energia elettrica alle aziende che non hanno scelto un nuovo fornitore sul mercato dopo il 1° luglio 2007 e a chi transitoriamente dovesse rimanere senza fornitore.

In base a tale decreto, le imprese che assicureranno il servizio di salvaguardia vengono scelte attraverso un sistema di gare pubbliche, per singola area territoriale, svolte dall'Acquirente Unico Spa (il soggetto che oggi cura l'approvvigionamento per famiglie e piccole imprese).

Per la selezione degli esercenti il servizio di salvaguardia per gli anni 2009-2010, è stato emanato in data 22 ottobre 2008 apposito Regolamento (cfr. http://www.acquirenteunico.it/docs/4886_Regolamento_salvaguardia22102008.pdf).

²⁹ Le autorità italiane hanno nel tempo giustificato le misure discriminatorie, le riserve, i diritti

6. Le fasi della filiera elettrica rimaste "non libere": trasmissione, dispacciamento³⁰ e distribuzione³¹

Nell'ordinamento interno, le attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica sono riservate allo Stato, che le attribuisce in concessione esclusiva al soggetto gestore della rete³² di trasmissione nazionale (attualmente la Società «Terna S.p.A.»).

L'attività di distribuzione dell'energia elettrica è svolta, per contro, in regime di concessione ministeriale (artt. 1, 3, 9 del dlgo n. 79/1999).

Trasmissione e distribuzione sono svolte necessariamente in condizioni di monopolio naturale³³ e, in quanto anelli fondamentali della filiera, sono indispensabili per la circolazione dell'energia.

Stanti tali caratteristiche, la seconda direttiva elettricità prevede per i servizi a rete una disciplina analitica e rigorosa, con l'imposizione di precisi obblighi di neutralità a carico dei relativi gestori e specifiche previsioni in materia di accesso regolato, obblighi di separazione (c.d. «*unbundling*») e autorità di regolamentazione.

speciali, di Acquirente Unico Spa in ragione del carattere non commerciale delle attività svolte e della necessità dello svolgimento degli obblighi di servizio pubblico. Secondo BROCKA BALBI - BARRA (*cit. supra*, nota 16, p. 777), tale argomentazione contrasta con le finalità per cui il dlgo n. 79/1999 ha previsto la costituzione di Acquirente Unico Spa quale operatore elettrico che al pari dei clienti idonei negozia l'accesso alla rete, stipula e gestisce i contratti di fornitura coi produttori e vendita coi distributori, salvo riferire la propria attività ai clienti vincolati.

³⁰ Il dispacciamento consiste nella gestione dei flussi di energia necessari a mantenere in un determinato momento l'equilibrio tra le immissioni ed i prelievi di energia, derivanti dalla produzione e dal consumo. È indispensabile, visto che ad oggi risulta impossibile immagazzinare efficientemente ed economicamente l'energia elettrica, ed è necessario considerato che non si può produrre energia se essa non è utilizzata in tempo reale. Ai sensi dell'art. 2 del dlgo n. 79/1999, essa è l'attività «diretta a impartire disposizioni per l'utilizzazione e l'esercizio coordinati degli impianti di produzione, della rete di trasmissione e dei servizi ausiliari». Sulla base di regole precostituite, si determina la priorità di immissione dell'energia nella rete. Ne segue che le centrali elettriche con maggiore priorità di dispacciamento hanno maggiori probabilità di vendere l'energia dalle medesime prodotta. Le fonti rinnovabili hanno per questo una priorità di dispacciamento rispetto alle fonti di energia elettrica tradizionali.

³¹ Ai sensi del comma 14 dell'art. 2 del dlgo n. 79/1999, «distribuzione è il trasporto e la trasformazione di energia elettrica su reti di distribuzione a media e bassa tensione per le consegne ai clienti finali». A seguito del d.l. n. 73/07, il distributore di energia elettrica non può più vendere energia elettrica ai clienti finali, e quindi la sua attività è circoscritta alla gestione dell'impresa di distribuzione.

³² La rete elettrica di trasmissione nazionale è individuata con un decreto ministeriale, che ne indica le singole componenti (art. 3, comma 7, dlgo n. 79/1999). Il gestore della rete, che a seguito della fusione con Terna S.p.A. assume in sé le due qualità di nudo proprietario e gestore, è anche destinatario di una concessione amministrativa per la gestione del servizio. Il gestore è titolare di significativi poteri speciali nei confronti degli operatori del settore elettrico, funzionali alla gestione efficiente della rete, nonché alla prevenzione di eventuali disagi o disservizi (sul tema, F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete - L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, Giappichelli, 2005; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, Giuffrè, 2006).

³³ L'art. 22 della direttiva elettricità fa salvo il diritto di costruire e utilizzare linee dirette non interconnesse con il sistema di trasmissione e distribuzione, per le forniture a singoli clienti idonei, nonché le forniture in regime di autoproduzione, anche di gruppo).

7. Gli interessi primari prevalenti sull'interesse alla promozione della massima concorrenza

Il perseguimento dell'obiettivo della massima apertura del mercato elettrico non può precludere tuttavia il perseguimento di altri primari interessi, con cui anzi si trova a convivere ed avanti ai quali è inevitabile che talora ceda il passo.

Tali primari interessi, come definiti dalla seconda direttiva elettricità, sono la sicurezza dell'approvvigionamento, la tutela dell'ambiente e la protezione dei consumatori, allo scopo di realizzare un mercato non solo concorrenziale, ma anche «sicuro e dal punto di vista ambientale sostenibile» (art. 3, par. 1).

In tale ottica, gli Stati sono tenuti a porre in essere ogni misura idonea – compresi gli incentivi economici – per realizzare la coesione economica e sociale, la sicurezza nell'approvvigionamento, la tutela ambientale e, nel caso dell'energia elettrica, l'efficienza energetica e della gestione della domanda.

Si sono così venuti definendo, sia pur non rigidamente, gli interessi pubblici meritevoli di tutela in vista dei quali gli obblighi di servizio pubblico sono imposti.

8. L'occhio dei consumatori valuta i servizi: un indicatore insostituibile della qualità da coltivare

Come si è potuto notare dall'attenzione rivolta dal legislatore comunitario e quindi anche da quello italiano, il buon funzionamento o meno della gestione dei servizi a rete, ovvero delle fasi della filiera "non libere", influisce notevolmente sulla concreta concorrenza tra operatori e sulla qualità del servizio agli utenti finali.

A differenza che in altri ordinamenti europei, in Italia il tema della discussione in materia di servizi pubblici, tra cui quelli a rete, si incentra tutto nella definizione e critica dei modelli generali e astratti di affidamento del servizio.

La valorizzazione della *performance*, vera *chance* per l'inserimento di meccanismi incentivanti l'efficienza del risultato, viene, per contro, nella migliore delle ipotesi, lasciata per implicita.

Quale spunto per una riforma interna del settore dei servizi pubblici, tra cui quelli universali come gas ed elettricità, occorrerebbe valutare seriamente il passaggio da una politica industriale volta a creare soggetti avulsi dalle responsabilità sui risultati finali circa la bontà del servizio per l'utenza – in cambio del rispetto formale di astratti contratti di servizio – verso una politica industriale che premi le migliori *performance*, le capacità organizzative e manageriali – effettivamente verificabili dalla domanda organizzata, ovvero dagli utenti –.

L'obbligo di gara, come unica modalità di affidamento del servizio, non è

previsto in altri Paesi europei, né l'ordinamento comunitario sembra imporlo.

Ciò che conta è il rispetto del divieto di discriminazione nelle modalità di affidamento dei servizi – a seguito dell'azione sanzionatoria promossa dalla Commissione nei confronti dell'Italia, con l'approvazione dell'art. 14 della legge n. 326/03, è stato modificato l'art. 113 comma 5, lett. *a.*, *b.*, *c.*, del Testo Unico degli Enti Locali.

Occorre dunque impostare una riforma dei servizi pubblici, locali e non, non tanto sulla base di elaborati e raffinati modelli di affidamento del servizio o delle modalità organizzative dell'offerta, bensì a partire dall'analisi dei bisogni della collettività degli utenti del singolo servizio.

Anche nel settore dell'energia, andrebbe dunque posto al centro degli interessi quello degli utenti consumatori, trattandosi di servizio universale, a rilevanza economica generale, indispensabile ed insostituibile non solo per la competitività delle nostre aziende, ma anche per il progresso sociale della popolazione.

Dar voce ai cittadini-utenti-consumatori per strutturare e valutare un servizio contribuirebbe a sviluppare una "collettività partecipante" e quindi attenta e capace di confrontare e comparare le varie offerte: una vera sentinella a garanzia della qualità del servizio.

E di questo il legislatore italiano ha sentito l'esigenza formulando il comma 2 *bis* all'articolo unico del d.l. n. 73/2007, laddove ha ritenuto meritevole di tutela la promozione dell'associazione su base volontaria dei clienti domestici e della piccola utenza.

9. Come assicurare lo sviluppo e l'efficienza dei servizi a rete

L'attuale sistema di affidamento dei servizi pubblici, tra cui quelli di trasmissione e distribuzione dell'energia, pone *in primis* il problema della scelta del gestore e non la valutazione dei risultati dell'attività, ovvero della qualità del servizio prestato, dell'innovazione, degli investimenti effettuati (che solo se continui e congrui possono promuovere la concorrenza e la qualità del servizio)³⁴.

³⁴ Le decisioni relative alla manutenzione ed allo sviluppo della rete sono prese dal gestore sulla base di indirizzi ministeriali e sottoposte ad un controllo *ex post* della medesima autorità ministeriale (art. 3, comma 2, dlgs n. 79/1999; art. 8 della concessione), mentre gli atti di intervento ed ammodernamento sono posti a carico dei proprietari delle singole parti della rete. È quindi, almeno sulla carta, possibile esigere un certo *standard* di efficienza per la conservazione e l'ampliamento della rete, ed il privato è tenuto a sopportare un determinato livello di spesa (F. CINTIOLI, *Le reti come beni pubblici*, in *Diritto Amministrativo*, 2007, p. 293).

Né va sottovalutata la pubblica utilità di tali servizi³⁵, tanto essenziali quanto quelli idrici, per i quali il nostro ordinamento prevede invece la gestione pubblica.

"Meno Stato più mercato", lo *slogan* in voga per identificare la tendenza a riservare allo Stato compiti di regolazione e non di operatore diretto, non può in questo settore giustificare una rinuncia del pubblico ad intervenire.

Per soddisfare la domanda di energia del futuro, l'Unione europea ha urgente necessità di nuove capacità di generazione di energia elettrica e di reti ben interconnesse.

Sembra nella logica delle cose – e lo dimostra la carenza infrastrutturale in Italia – che le grandi Società dell'energia non abbiano interesse a investire in infrastrutture di trasmissione, che aumenterebbero la concorrenza nei loro mercati.

Per prevenire una crisi, che potrebbe seguire a interruzioni nella fornitura di energia elettrica (come già accaduto nel 2003) o a tagli del gas, occorrono al contrario le massime condizioni concorrenziali che rendano allettanti tali investimenti, oppure che li rendano sicuri attraverso un intervento diretto dello Stato.

Forse dunque, una strategia, di effetti più sicuri che il c.d. «*unbundling*», potrebbe essere ritornare a considerare i servizi a rete strategici per il benessere comune e ricondurli quindi nell'alveo delle competenze dirette dello Stato, con pesanti ed immediati investimenti infrastrutturali, per favorire al massimo la generazione di energia (e l'accesso alla rete) e la concorrenza del mercato.

Unico rimedio possibile a fronte della conclamata emergenza energetica, beninteso unitamente all'efficienza energetica ed al risparmio energetico, appare infatti il potenziamento della capacità produttiva, in particolare da fonti rinnovabili.

Quanto sopra servirebbe oltretutto a contrastare la fragilità e la dipendenza del nostro sistema energetico dai Paesi extracomunitari produttori di petrolio e gas, fragilità e dipendenza derivanti da decenni di politica energetica poco prudente e improvvida.

Patrizia Quaia*

³⁵ Sul punto va segnalato che anche la citata proposta di «terza» direttiva sviluppa ulteriormente la dimensione sociale dell'energia e la disciplina degli obblighi di servizio pubblico. Detta proposta attribuisce alla Commissione il potere di adottare linee guida per l'attuazione delle disposizioni in materia di obblighi di servizio pubblico e di protezione dei clienti finali nonché per l'emanazione di una Carta del cliente nel settore energia.

* Avvocato in Milano.

VERSO UN SISTEMA EUROPEO COMUNE DI GESTIONE INTEGRATA DELLE FRONTIERE

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sull'esame della creazione di un sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR)*

1. INTRODUZIONE

Nella comunicazione del 30 novembre 2006 «Rafforzare la gestione delle frontiere marittime meridionali dell'Unione europea»¹, la Commissione ha proposto di creare una *rete permanente di pattuglie costiere* per le frontiere esterne marittime meridionali e un *sistema comune europeo di sorveglianza delle frontiere*.

Il Consiglio europeo del 14 e 15 dicembre 2006 ha dichiarato che sarebbe stata data «priorità all'esame della creazione di un sistema europeo di sorveglianza delle frontiere marittime meridionali».

La presente comunicazione fa seguito alle attività svolte per istituire la rete europea di pattuglie sulla base dello studio MEDSEA² e dei risultati dello studio di fattibilità BORTEC³. I suoi obiettivi sono esaminare i parametri entro i quali un sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR), inizialmente concentrato sulle frontiere esterne meridionali e orientali dell'UE, possa essere in seguito sviluppato, e suggerire agli Stati membri una tabella di marcia per la creazione di tale sistema.

Gli aspetti della presente comunicazione che riguardano la sorveglianza delle frontiere esterne marittime rientrano nel quadro generale istituito dalla politica marittima integrata per l'Unione europea⁴.

* Com(2008)68 definitivo del 13 febbraio 2008. Il testo integrale della Comunicazione, sopra riportata, è reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm> (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 613 ss., la nota di GIUSEPPE LICASTRO.

¹ Com(2006)733.

² Studio di fattibilità "MEDSEA" sull'istituzione di una rete di pattuglie costiere nel Mediterraneo, presentato da FRONTEX il 14 luglio 2006.

³ Studio sulla fattibilità tecnica di un sistema di sorveglianza (sistema europeo di sorveglianza), Varsavia, presentato da FRONTEX il 12 gennaio 2007. Si veda anche lo studio di fattibilità sul controllo delle frontiere marittime dell'Unione europea presentato da CIVIPOL il 4 luglio 2003.

⁴ Com(2007) 575 del 10 ottobre 2007.

Secondo la definizione del codice frontiere Schengen⁵, il controllo di frontiera consiste nelle verifiche effettuate ai valichi di frontiera (verifiche di frontiera) e nella sorveglianza delle frontiere tra i valichi di frontiera (sorveglianza di frontiera). La presente comunicazione riguarda il potenziamento della sorveglianza di frontiera, finalizzato soprattutto a impedire l'attraversamento non autorizzato, a lottare contro la criminalità transfrontaliera ed a sostenere le misure adottate contro le persone entrate illegalmente.

Va considerata nel contesto del modello Schengen di controllo dell'accesso articolato su quattro livelli⁶, che prevede la cooperazione con i Paesi terzi, e contribuisce a migliorare il coordinamento delle politiche UE in materia di controllo di frontiera con altre politiche, quali ricerca e sviluppo, pesca e trasporti.

Una volta attuato, EUROSUR costituirebbe un passo decisivo per la creazione progressiva di un sistema europeo comune di gestione integrata delle frontiere. Nell'attuazione delle diverse misure descritte nella presente comunicazione, il Fondo per le frontiere esterne⁷ dovrebbe essere il principale meccanismo di solidarietà per gli Stati membri per ripartire gli oneri finanziari nell'Unione europea.

2. SFIDE E OBIETTIVI PER LO SVILUPPO DELLA SORVEGLIANZA DI FRONTIERA

2.1 Sfide

2.1.1 Le attuali infrastrutture di sorveglianza e coordinamento a livello nazionale

Attualmente i sistemi nazionali di sorveglianza coprono soltanto alcune parti selezionate delle frontiere esterne dell'UE. Lo studio BORTEC ha mostrato che, negli otto Stati membri che presentano frontiere esterne nel Mediterraneo e nell'Atlantico meridionale, la sorveglianza di frontiera è affidata a circa 50 autorità appartenenti a 30 diverse istituzioni, spesso con competenze e sistemi paralleli.

2.1.2 Attuale copertura degli strumenti di sorveglianza

A causa di limiti tecnici (attuali prestazioni dei sensori radar e ottici, disponibilità ridotta di satelliti) e finanziari, la sorveglianza copre attualmente soltanto alcune zone piane o costiere e le aree di frontiera terrestri o in mare aperto nelle quali si svolgono le operazioni.

2.1.3 Cooperazione con i Paesi terzi

La pressione migratoria pone notevoli sfide non solo agli Stati membri situati sulle coste settentrionali del Mediterraneo, ma anche ai paesi terzi sulle coste meridionali del medesimo, per quanto riguarda l'individuazione, il trattenimento, l'accoglienza degli immigrati e i successivi procedimenti che conducono alla loro riammissione.

⁵ Artt. 2 e 12 del regolamento (Ce) n. 562/2006, *Gu-UE* n. L 105 del 13.4.2006, pag. 1.

⁶ Il modello Schengen di controllo dell'accesso comprende i seguenti quattro livelli: misure presso i consolati, cooperazione con i paesi vicini, controlli alle frontiere e misure di controllo all'interno dello spazio Schengen, inclusi i rimpatri.

⁷ Decisione n. 574/2007/Ce del 23 maggio 2007, *Gu-UE* n. L 144 del 6 giugno 2007, p. 22.

2.2 Obiettivi

2.2.1 *Ridurre il numero di immigrati illegali che riescono ad entrare clandestinamente nell'UE*

Le autorità responsabili del controllo di frontiera negli Stati membri hanno bisogno di informazioni più tempestive e affidabili per poter scoprire, identificare e intercettare coloro che tentano di entrare illegalmente nell'UE e ridurre in tal modo il numero di immigrati che riescono ad attraversare le frontiere esterne senza essere scoperti.

2.2.2 *Aumentare la sicurezza interna in tutta l'UE contribuendo a prevenire la criminalità transfrontaliera*

La sorveglianza di frontiera è finalizzata non solo a impedire gli attraversamenti non autorizzati delle frontiere, ma anche a lottare contro forme di criminalità transfrontaliera quali il terrorismo, la tratta di esseri umani, il traffico di stupefacenti, il traffico illecito di armi ecc.

Grazie a notevoli mezzi finanziari, ottenuti soprattutto partecipando a vari tipi di attività illegale, e alla disponibilità di nuovi mezzi tecnici, i gruppi criminali organizzati possono contare su una vasta gamma di possibilità e attrezzature.

Far fronte a queste minacce è prima di tutto compito delle forze di polizia e dei servizi di intelligence degli Stati membri. Tuttavia, un sistema efficace di gestione delle frontiere a livello sia nazionale che europeo costituirà un valido strumento per combattere la criminalità transfrontaliera.

2.2.3 *Aumentare la capacità di ricerca e di salvataggio*

Molti immigrati clandestini e persone che necessitano di protezione internazionale viaggiano in condizioni durissime e corrono gravi rischi personali nel tentativo di entrare illegalmente nell'UE, nascondendosi all'interno di veicoli, navi da carico e così via. La recente pratica di viaggiare a bordo di imbarcazioni insicure e sovraffollate ha moltiplicato il numero degli sfortunati migranti che continuano a perdere la vita annegando nell'Oceano Atlantico tra l'Africa e le Isole Canarie, e nel Mediterraneo.

Il tragico tasso di mortalità dovuto a questo tipo di immigrazione illegale è inaccettabile: è necessario ridurlo drasticamente. Occorre migliorare la capacità di individuare piccole imbarcazioni in alto mare, aumentando così le possibilità di ricerca e salvataggio e permettendo di risparmiare un maggior numero di vite umane in mare. Tuttavia, per trovare soluzioni a lungo termine ai problemi di gestione dell'immigrazione è necessaria una strategia generale, che comprenda la cooperazione con i paesi terzi anche in materia di sorveglianza di frontiera.

3. CONCETTO GENERALE

Per conseguire gli obiettivi delineati nella sezione precedente è necessario prevedere un quadro tecnico comune che aiuti le autorità degli Stati membri ad agire efficacemente a livello locale, comandare a livello nazionale, coordinarsi a livello europeo e cooperare con i Paesi terzi per scoprire e identificare le persone che tentano di entrare clandestinamente nell'UE al di fuori dei valichi di frontiera, seguirne il

percorso e intercettarle.

Un sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR) dovrebbe aiutare gli Stati membri a raggiungere una piena *conoscenza della situazione*⁸ relativa alle loro frontiere esterne e ad aumentare la *capacità di reazione*⁹ delle autorità di contrasto nazionali.

Tale quadro va istituito nel pieno rispetto delle competenze territoriali dei singoli Stati membri e senza sostituire i sistemi già in vigore. Un obiettivo operativo fondamentale dev'essere quello di utilizzare in modo più coerente le informazioni raccolte da sistemi diversi, senza perdere di vista le specificità geografiche e le differenze tra i vari tipi di frontiere, in particolare tra quelle terrestri e quelle marittime.

EUROSUR dovrebbe essere attuato in tre fasi: le prime due sarebbero da svolgere parallelamente e la terza sarebbe basata sulle due precedenti.

1. *FASE 1*: Aggiornare ed estendere i sistemi nazionali di sorveglianza di frontiera e collegare tra loro le infrastrutture nazionali in una rete di comunicazione.

2. *FASE 2*: Finalizzare le attività di ricerca e sviluppo al miglioramento delle prestazioni degli strumenti di sorveglianza e dei sensori (satelliti, UAV («unmanned aerial vehicles», velivoli non pilotati), ecc.) ed elaborare un'applicazione comune degli strumenti di sorveglianza. Si potrebbe sviluppare un quadro comune di intelligence prefrontaliera per combinare le informazioni di intelligence con quelle ottenute dagli strumenti di sorveglianza¹⁰.

3. *FASE 3*: Raccogliere tutti i dati rilevanti provenienti dai sistemi nazionali di sorveglianza, dai nuovi strumenti di sorveglianza, dai sistemi di informazione europei e internazionali e dalle fonti di intelligence, analizzarli e divulgarli in modo strutturato, per creare un sistema comune di condivisione delle informazioni tra le autorità nazionali interessate.

Le fasi 1 e 2 dovrebbero riguardare le frontiere esterne marittime e terrestri, tenendo conto della natura mutevole dei modelli migratori. La fase 3 dovrebbe concentrarsi sul settore marittimo, in quanto comporta la combinazione dei dati provenienti dalle molteplici fonti d'informazione che controllano le attività in mare aperto; il problema di sorvegliare uno spazio così vasto non si pone per quanto riguarda le frontiere terrestri. Relativamente alle frontiere aeree, occorre tener conto del fatto che in questo settore l'immigrazione illegale può essere combattuta con controlli efficaci ai valichi di frontiera presso gli aeroporti. La funzione di EUROCONTROL è appunto quella di garantire la sicurezza dello spazio aereo europeo e della gestione del traffico aereo¹¹.

⁸ In base alla «conoscenza della situazione» si misura la capacità delle autorità di scoprire i movimenti transfrontalieri e di individuare i motivi validi per applicare misure di controllo.

⁹ In base alla «capacità di reazione» si misura il tempo necessario per mettere sotto controllo un movimento transfrontaliero e anche il tempo e i mezzi necessari per reagire adeguatamente a circostanze insolite.

¹⁰ Ad esempio, per identificare all'estero un'imbarcazione utilizzata a fini criminali e seguirne il percorso utilizzando satelliti o sistemi di segnalazione delle navi, fino alla sua intercettazione sul territorio dell'UE.

¹¹ La sicurezza nella gestione del traffico aereo consiste nel garantire la sicurezza di risorse e servizi, al fine di prevenire i pericoli e di limitarne gli effetti sull'intera rete aerea. La sicurezza dello spazio aereo consiste nel proteggere tale spazio dall'uso non autorizzato, dalle intrusioni, dalle attività illegali e da ogni altra forma di violazione.

4. PRESENTAZIONE DELLE VARIE FASI E TAPPE (*Omissis*)

4.1 FASE 1: Mettere in collegamento e razionalizzare gli attuali sistemi e meccanismi di sorveglianza a livello di Stati membri

Tappa 1: Fornire le infrastrutture essenziali per la sorveglianza di frontiera a livello nazionale (*Omissis*)

Tappa 2: Rete di comunicazione tra i centri nazionali di coordinamento, inclusa FRONTEX (*Omissis*)

Tappa 3: Sostegno ai paesi terzi vicini per la creazione di infrastrutture per la sorveglianza di frontiera (*Omissis*)

Raccomandazioni (*Omissis*)

FASE 2: Sviluppo e applicazione di strumenti e dispositivi comuni per la sorveglianza delle frontiere a livello dell'UE

Tappa 4: Ricerca e sviluppo per migliorare le prestazioni degli strumenti di sorveglianza (*Omissis*)

Tappa 5: Applicazione comune di strumenti di sorveglianza (*Omissis*)

Tappa 6: Quadro comune di intelligence prefrontaliera (*Omissis*)

Raccomandazioni (*Omissis*)

*FASE 3: Creazione di un sistema comune per il controllo e la condivisione delle informazioni sul settore marittimo dell'UE (*Omissis*)*

Tappa 7: Rete integrata di sistemi di informazione e sorveglianza per il controllo di frontiera e la sicurezza interna, che copra il Mediterraneo, l'Atlantico meridionale (Isole Canarie) e il Mar Nero (*Omissis*)

Tappa 8: Rete integrata di sistemi di informazione e sorveglianza per l'intero settore marittimo dell'UE (*Omissis*)

Raccomandazioni (*Omissis*)

5. TUTELA DEI DATI PERSONALI (*Omissis*)

6. CONCLUSIONI

- La Commissione invita il Consiglio e il Parlamento europeo a discutere le raccomandazioni formulate nella presente comunicazione.

- Immediatamente dopo la pubblicazione della presente comunicazione, la Commissione intende iniziare ad elaborare, insieme agli Stati membri, orientamenti relativi ai compiti dei centri di nazionali coordinamento e alla collaborazione tra questi e FRONTEX.

- Nella primavera del 2009 la Commissione presenterà al Consiglio una relazione sui progressi compiuti e presenterà proposte concrete per la creazione e il varo di EUROSUR (fasi 1-3) secondo quanto previsto nella presente comunicazione, inclusi l'architettura completa per collegare tra loro i sistemi nazionali di sorveglianza delle frontiere e l'applicazione e l'uso comune di tutti gli strumenti rilevanti.

(Omissis)

**LA COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE
SULLA «CREAZIONE DI UN SISTEMA EUROPEO DI SORVEGLIANZA
DELLE FRONTIERE (EUROSUR)»**

La Comunicazione della Commissione sulla «creazione di un sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR)» contempla, nel quadro del rafforzamento del controllo di frontiera (secondo il «modello Schengen di controllo dell'accesso» composto da «quattro livelli: misure presso i consolati; cooperazione con i Paesi vicini; controlli alle frontiere e misure di controllo all'interno dello spazio Schengen, inclusi i rimpatri»¹), l'attuazione di diverse misure allo scopo di contrastare sia «l'attraversamento non autorizzato» sia «la criminalità transfrontaliera»².

La creazione di un «sistema» di controllo delle frontiere a livello europeo dovrebbe costituire un significativo, efficace *strumento* non solo per contrastare il fenomeno dell'immigrazione illegale³ ma anche per «migliorare la capacità di individuare piccole imbarcazioni in alto mare, aumentando così le possibilità di ricerca e salvataggio e permettendo di risparmiare un maggior numero di vite umane in mare»⁴ (vale la pena di ricordare, succintamente, che la Commissione ha già sottolineato la necessità di assicurare, in particolare, il rispetto degli «obblighi di protezione, per quanto riguarda l'intercettazione e il salvataggio in mare di persone che possano necessitare di protezione internazionale»⁵).

¹ Cfr. doc. Com(2008)68 definitivo, del 13 febbraio 2008, esame della creazione di un sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR), p. 2, nota 6.

² Cfr. *ivi*, p. 2.

³ Sul contrasto all'immigrazione illegale v. da ultimo G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 189 ss. Sul contrasto all'immigrazione illegale e la protezione dei rifugiati v. in particolare F. GRAZIANI, *Antichi e nuovi "rifugiati" nel diritto internazionale contemporaneo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, p. 134 ss.

⁴ Cfr. doc. Com(2008)68 definitivo, *cit. supra*, nota 1, sez. 2.2.3., p. 4.

⁵ Cfr. doc. Com(2006)733 definitivo, del 30 novembre 2006, Rafforzare la gestione delle frontiere marittime meridionali dell'Unione europea, p. 4, punto 10; v. anche il doc. Sec(2007)691, del 15 maggio 2007, Study on the international law instruments in relation to illegal immigration by sea.

L'istituzione di EUROSUR dovrebbe realizzarsi (progressivamente) «in tre fasi».

La prima fase riguarda sia la creazione di ulteriori *infrastrutture di sorveglianza di frontiera* in particolare «negli Stati membri che formano le frontiere terrestri orientali dell'UE e le frontiere marittime dell'UE nel Mar Nero»⁶, sia l'istituzione di una *rete di collegamento* tra le suddette *infrastrutture* e l'*Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea* (FRONTEX) allo scopo di scambiare informazioni, dati anche per «poter scoprire, identificare e intercettare coloro che tentano di entrare illegalmente nell'UE e ridurre in tal modo il numero di immigrati che riescono ad attraversare le frontiere esterne senza essere scoperti»⁷ (la Commissione intende inoltre avviare uno *studio* «per delineare l'architettura del sistema e valutarne approssimativamente i costi finanziari per le frontiere terrestri e marittime»⁸).

La seconda fase prevede l'utilizzazione di sofisticati *strumenti di sorveglianza* (in particolare: «i satelliti e gli UAV») al fine di raccogliere informazioni particolarmente utili, ad esempio: «seguire il percorso di un'imbarcazione in acque europee e internazionali»⁹ allo scopo di localizzare le rotte migratorie (la Commissione intende anche promuovere uno *studio* per esaminare «il concetto e i costi approssimativi di un "quadro comune di intelligence pre-frontaliera"»¹⁰).

La terza fase concerne la creazione di una *rete integrata di sistemi di informazione e sorveglianza nel settore marittimo* (per il Mediterraneo, le Isole Canarie e il Mar Nero) allo scopo di raccogliere, condividere, analizzare informazioni e dati sicuramente utili soprattutto nel quadro «delle questioni di sicurezza [appare significativo ricordare «che il bacino mediterraneo è stato identificato come la principale porta d'ingresso clandestino allo spazio comunitario»¹¹]» (la Commissione intende anche presentare «una comunicazione contenente un piano di lavoro per ulteriori passi verso l'integrazione di tutti i sistemi europei di informazione e sorveglianza nel settore marittimo»¹²).

In conclusione del succinto quadro sin qui descritto, non appare azzardato sostenere che EUROSUR dovrebbe senza dubbio costituire uno *strumento*

⁶ Cfr. doc. Com(2008)68 definitivo, *cit. supra*, nota 1, sez. 4.1.1., p. 6.

⁷ Cfr. *ivi*, sez. 2.2.1., p. 3.

⁸ Cfr. *ivi*, p. 7.

⁹ Cfr. *ivi*, sez. 4.2.1., p. 8.

¹⁰ Cfr. *ivi*, p. 9.

¹¹ Cfr. P. MONZINI, *Il traffico di migranti per via marittima: il caso dell'Italia*, in P. MONZINI - F. PASTORE - G. SCIORTINO, *L'Italia promessa. Geopolitica e dinamiche organizzative del traffico di migranti verso l'Italia*, CeSPI w.p. 9/2004, p. 41, consultabile in: <http://www.cespi.it/WP/Wp9-cnr.pdf>.

¹² Cfr. doc. Com(2008)68 definitivo, *cit. supra*, nota 1, p. 11.

particolarmente significativo sia per il controllo delle frontiere¹³ (concorde-
mente al Regolamento n. 562/2006 *del Parlamento europeo e del Consiglio*
del 15 marzo 2006 che istituisce un codice comunitario relativo al regime di
attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere
*Schengen)*¹⁴) che «per la creazione (...) di un sistema europeo comune di ge-
stione integrata delle frontiere»¹⁵ (vale la pena di ricordare, brevemente, che
la *versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*
contempla, nel contesto del Titolo V intitolato «Spazio di libertà, sicurezza e
giustizia», specificamente all'art. 77, par. 1, lett. c., l'istituzione progressiva
di «un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne»¹⁶).

Giuseppe Licastro*

¹³ Sul tema dei «controlli migratori» v. F. PASTORE, *L'Europa di fronte alle migrazioni. Divergenze strutturali, convergenze settoriali*, in *Quaderni di sociologia*, Vol. L, n. 40, 2006, p. 16 ss.

¹⁴ Cfr. *Gu-Ue* n. L 105 del 13 aprile 2006, p. 1-32.

¹⁵ Cfr. doc. Com(2008)68 definitivo, *cit. supra*, nota 1, p. 2.

¹⁶ Cfr. *Gu-Ue* n. C 115 del 9 maggio 2008, p. 76.

* Dottore in giurisprudenza / Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria.

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 19-20 giugno 2008*

La riunione del Consiglio europeo è stata preceduta da una presentazione del signor Hans-Gert Pöttering, Presidente del Parlamento europeo, seguita da uno scambio di opinioni.

Trattato di Lisbona

1. Il Consiglio europeo ha preso nota dei lavori preparatori svolti in conformità delle sue conclusioni del dicembre 2007.

2. Il Consiglio europeo ha preso nota dell'esito del *referendum* svoltosi in Irlanda sul Trattato di Lisbona e ha fatto il punto della situazione sulla base di una valutazione iniziale fornita dal Primo Ministro Brian Cowen.

3. Il Consiglio europeo ha convenuto che occorre più tempo per analizzare la situazione. Ha preso atto che il Governo irlandese procederà attivamente a consultazioni, sia a livello interno sia con gli altri Stati membri, al fine di proporre una via comune da seguire.

4. Ricordando che l'obiettivo del Trattato di Lisbona è di aiutare l'Unione allargata ad agire in modo più efficace e più democratico, il Consiglio europeo ha preso atto che i parlamenti di 19 Stati membri hanno ratificato il Trattato e che il processo di ratifica prosegue negli altri Paesi¹.

5. Il Consiglio europeo ha approvato la proposta dell'Irlanda di ritornare sulla questione in occasione della riunione del 15 ottobre 2008 al fine di esaminare la via da seguire. Ha sottolineato l'importanza di continuare, nel frattempo, a conseguire risultati concreti nei vari settori politici che preoccupano i cittadini.

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet http://www.consilium.europa.eu/cms3_fo/showPage.asp?id=432&lang=IT&mode=ghm (*n.d.r.*).

¹ Il Consiglio europeo ha preso atto che la Repubblica ceca non può completare il processo di ratifica finché la Corte costituzionale non avrà reso un parere positivo sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con l'ordinamento costituzionale ceco.

Libertà, sicurezza e giustizia

6. Il rafforzamento dell'UE quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia è una priorità chiave per i cittadini. Il Consiglio europeo invita il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione ad adoperarsi al massimo per assicurare l'adozione rapida delle importanti proposte legislative ancora in sospeso in questo settore entro la fine dell'anno o, se del caso, prima della fine dell'attuale legislatura.

(*Omissis*)

13. Nel rilevare gli importanti progressi compiuti negli ultimi mesi nell'attuazione della strategia antiterrorismo dell'Unione europea, il Consiglio europeo evidenzia la necessità di intensificare l'impegno inteso a combattere il terrorismo, rispettando pienamente nel contempo lo stato di diritto e i diritti umani. In tale contesto il Consiglio europeo accoglie con favore il nuovo impulso che il coordinatore antiterrorismo ha impresso all'attuazione della strategia antiterrorismo dell'UE con la relazione e le raccomandazioni recentemente presentate. Invita la Commissione a proseguire i lavori sulla prevenzione della radicalizzazione e del reclutamento nelle file del terrorismo. Nella cooperazione con i Paesi terzi, l'Unione dovrebbe inoltre apportare un utile contributo alla prevenzione del reclutamento nelle file del terrorismo, in particolare fornendo assistenza tecnica nel campo dell'istruzione, dei diritti umani, dello stato di diritto, della società civile e della *governance*. La Commissione è invitata a concentrare gli sforzi in particolare sui paesi dell'Africa settentrionale e del Sahel e su quelli dell'Asia meridionale.

14. Ai fini della prevenzione efficace del terrorismo e delle forme gravi di criminalità è necessario che le autorità competenti degli Stati membri e le agenzie dell'UE possano accedere alle pertinenti informazioni. Il Consiglio europeo sottolinea pertanto la necessità di un approccio coordinato e coerente all'attuazione del principio di disponibilità ai fini dell'uso efficace della tecnologia dell'informazione e delle reti d'informazione. È stato raggiunto un accordo sull'integrazione delle disposizioni in materia di scambio di informazioni del Trattato di Prüm nel quadro giuridico dell'Unione, ma occorrerebbe esaminare ulteriori iniziative intese a intensificare lo scambio di informazioni, tenendo debitamente conto della protezione dei dati personali.

(*Omissis*)

Implicazioni politiche del rialzo dei prezzi dei prodotti alimentari e del petrolio

25. La recente impennata dei prezzi dei prodotti di base desta preoccupazione, sia internamente, in special modo per quanto riguarda le famiglie a basso reddito, che all'estero, in particolare per i paesi in via di sviluppo importatori netti di prodotti alimentari e/o petrolio. È un fenomeno complesso, con cause di fondo e conseguenze molteplici, che incide in maniera generale su tutte le politiche dell'UE. Il Consiglio europeo accoglie con favore le due comunicazioni della Commissione su questi temi.

(*Omissis*)

Questioni economiche, sociali, sanitarie e ambientali

41. In occasione del decimo anniversario della storica decisione di introdurre l'euro e della creazione della Banca centrale europea, il Consiglio europeo si compiace del notevole successo del primo decennio dell'unione economica e monetaria. Questo successo deve costituire la base per affrontare le future sfide economiche. Il Consiglio europeo invita il Consiglio a riflettere su modi per consolidare l'attuazione del quadro economico dell'UEM alla luce della comunicazione della Commissione «UEM@10» in modo da garantire che siano realizzati tutto il potenziale e i vantaggi della moneta unica.

(Omissis)

45. Al fine di mantenere il ruolo guida e la credibilità a livello internazionale, l'Unione europea deve rapidamente raggiungere un accordo sul suo pacchetto relativo al clima e all'energia. Il Consiglio europeo accoglie pertanto favorevolmente i progressi finora compiuti riguardo a diverse proposte nell'ambito del pacchetto legislativo in materia di clima ed energia ed esorta il Consiglio a cooperare strettamente con il Parlamento europeo per raggiungere un accordo che rispetti i principi e i termini stabiliti nella sua riunione del marzo 2008. Il Consiglio invita la Commissione a presentare quanto prima un meccanismo inteso a incentivare gli investimenti degli Stati membri e del settore privato volti ad assicurare la costruzione e la messa in funzione, entro il 2015, di massimo 12 impianti di dimostrazione per la produzione commerciale di elettricità con cattura e stoccaggio del carbonio, come convenuto dal Consiglio europeo nella primavera 2007. In tale contesto, il Consiglio europeo ribadisce la necessità di politiche e strumenti coerenti che sfruttino le sinergie in materia di energia e cambiamenti climatici in tutti i settori economici interessati, compreso il settore dei trasporti.

46. Il Consiglio europeo accoglie favorevolmente l'accordo generale raggiunto su elementi essenziali del pacchetto legislativo per il mercato interno dell'energia, in particolare sulla questione dell'effettiva separazione tra attività di fornitura e di produzione e operazioni di rete nei settori del gas e dell'energia elettrica. Il Consiglio europeo invita il Consiglio e il Parlamento europeo a raggiungere un accordo definitivo sul pacchetto prima della fine dell'attuale legislatura.

47. Il Consiglio europeo si rallegra dell'esito positivo della nona riunione della conferenza delle parti della convenzione sulla diversità biologica, un passo fondamentale verso il perseguimento dell'obiettivo del 2010.

48. In seguito agli accordi politici raggiunti dal Consiglio sulla direttiva sull'orario di lavoro e sulla direttiva relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei, il Consiglio europeo invita il Consiglio e il Parlamento europeo a raggiungere un accordo definitivo equilibrato su entrambe le direttive prima della fine dell'attuale legislatura.

49. Il Consiglio europeo attende con interesse i risultati della valutazione, da parte della Commissione, delle politiche e degli strumenti vigenti volti a migliorare l'inclusione della popolazione Rom, nonché la prossima conferenza in materia che si terrà a settembre. Invita il Consiglio a tenerne conto nell'esame dell'agenda sociale

riveduta. Il Consiglio europeo riesaminerà tale questione entro la fine dell'anno.

50. Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza di colmare il divario esistente in materia di salute e speranza di vita tra gli Stati membri e all'interno degli stessi, nonché l'importanza delle attività di prevenzione nel settore delle principali malattie croniche non trasmissibili. A questo proposito si compiace delle conclusioni del Consiglio riguardanti la riduzione dell'incidenza dei tumori, che possono contribuire al raggiungimento di questi obiettivi.

(Omissis)

Balcani occidentali

52. Il Consiglio europeo ribadisce pieno sostegno alla prospettiva europea dei Balcani occidentali, quale illustrata nell'Agenda di Salonicco e nella dichiarazione di Salisburgo. Nel ricordare le sue conclusioni del dicembre 2006, il Consiglio europeo sottolinea che compiendo progressi consistenti nella riforma economica e politica e adempiendo alle condizioni e ai requisiti necessari, i restanti potenziali candidati dei Balcani occidentali dovrebbero ottenere la qualità di candidati, in base ai loro meriti, con l'obiettivo ultimo dell'adesione all'UE. La prospettiva di adesione all'UE resta fondamentale per la stabilità, la riconciliazione e il futuro dei Balcani occidentali.

53. Il processo di stabilizzazione e di associazione resta il quadro per il percorso europeo dei Balcani occidentali. I progressi compiuti negli ultimi anni in tale contesto, in particolare attraverso la conclusione di accordi di stabilizzazione e di associazione (ASA), devono ora essere consolidati ulteriormente.

(Omissis)

Relazioni esterne

Obiettivi di sviluppo del Millennio (Omissis)

Processo di Barcellona: Unione per il Mediterraneo (Omissis)

Partenariato orientale (Omissis)

Altre questioni (Omissis)

ALLEGATO

Dichiarazione sui Balcani occidentali

(Omissis)

ISTITUZIONE DELL'UNIONE EUROMEDITERRANEA

Déclaration commune du sommet de Paris pour la Méditerranée - Paris 13 juillet 2008*

Les chefs d'État ou de gouvernement euro-méditerranéens réunis à Paris le 13 juillet 2008, animés par la volonté politique commune de relancer les efforts afin de transformer la Méditerranée en un espace de paix, de démocratie, de coopération et de prospérité décident d'adopter la déclaration commune figurant ci-après:

Le processus de Barcelone: une Union pour la Méditerranée, qui s'appuie sur la déclaration de Barcelone et les objectifs de paix, de stabilité et de sécurité qui y sont énoncés, ainsi que sur l'acquis du processus de Barcelone, est un partenariat multilatéral visant à accroître le potentiel d'intégration et de cohésion régionales. Les chefs d'État ou de gouvernement rappellent également la place centrale qu'occupe la Méditerranée dans les préoccupations politiques de tous les pays. Ils soulignent que la responsabilité du processus doit être mieux partagée entre tous les participants, et qu'il convient de rendre ce processus plus pertinent et plus concret aux yeux des citoyens.

Les chefs d'État ou de gouvernement ont la conviction commune que cette initiative peut jouer un rôle important pour ce qui est de relever les défis communs qui se posent à la région euro-méditerranéenne, comme: le développement économique et social; la crise mondiale dans le domaine de la sécurité alimentaire; la dégradation de l'environnement, y compris le changement climatique et la désertification, en vue de favoriser le développement durable; l'énergie; les migrations; le terrorisme et l'extrémisme; la promotion du dialogue interculturel.

Cette initiative englobera tous les États membres de l'UE et la Commission européenne, ainsi que les autres États (membres et observateurs) du processus de Barcelone. La Ligue arabe sera invitée aux réunions du processus de Barcelone: une Union pour la Méditerranée, selon sa participation au processus de Barcelone. Le processus de Barcelone: une Union pour la Méditerranée est heureux d'accueillir la Bosnie-Herzégovine, la Croatie, Monaco et le Monténégro, qui ont accepté l'acquis du processus de Barcelone.

* Il testo integrale della Dichiarazione di Parigi, sopra riportata, è reperibile sul sito internet http://www.ue2008.fr/PFUE/cache/offonce/.../declaration_commune_du_sommet_de_Paris_pour_la_mediterranee (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 627 ss., il commento di *CIRO MANZOLILLO*.

Une ambition stratégique pour la Méditerranée

1. L'Europe et les pays méditerranéens sont unis par des liens historiques, géographiques et culturels mais, plus encore, par une ambition commune, qui est de bâtir ensemble un avenir de paix, de démocratie, de prospérité et de compréhension humaine, sociale et culturelle.

Pour atteindre ces objectifs communs, les participants conviennent de poursuivre avec un regain de dynamisme leurs efforts en faveur de la paix et de la coopération, d'analyser leurs problèmes communs et de transformer ces bonnes intentions en actions, dans le cadre d'un partenariat renouvelé pour le progrès.

2. Les chefs d'État ou de gouvernement soulignent l'importance du rôle joué depuis 1995 par le processus de Barcelone, qui constitue l'instrument central des relations euro-méditerranéennes. Ce processus, qui représente un partenariat englobant trente-neuf gouvernements et plus de 700 millions de personnes, a offert un cadre propice à une action et un développement constants. Le processus de Barcelone est la seule enceinte dans laquelle l'ensemble des partenaires euro-méditerranéens procèdent à des échanges de vues et participent à un dialogue constructif. Il traduit un engagement résolu en faveur de la paix, de la démocratie, de la stabilité régionale et de la sécurité à travers la coopération et l'intégration régionales. Le processus de Barcelone: une Union pour la Méditerranée vise à tirer parti de ce consensus pour que soient poursuivies la coopération, les réformes politiques et socioéconomiques et la modernisation, sur la base de l'égalité et du respect mutuel de la souveraineté de chacun.

3. Les chefs d'État ou de gouvernement soulignent qu'il est important que la société civile, les autorités locales et régionales et le secteur privé participent activement à la mise en œuvre du processus de Barcelone: une Union pour la Méditerranée.

4. Afin de tirer parti des possibilités offertes par un cadre renforcé de coopération multilatérale, les chefs d'État ou de gouvernement décident de lancer un partenariat renforcé - le processus de Barcelone: une Union pour la Méditerranée.

5. Cette initiative traduit également une aspiration commune à instaurer la paix ainsi que la sécurité au niveau régional conformément à la déclaration de Barcelone de 1995, qui favorise, entre autres, la sécurité régionale en œuvrant en faveur de la non-prolifération nucléaire, chimique et biologique en adhérant et en se conformant à une combinaison de régimes internationaux et régionaux de non-prolifération, et d'accords de limitation des armements et de désarmement, tels que le TNP, la CWC, la BWC, le CTBT, et/ou à des arrangements régionaux, comme des zones exemptes d'armes, y compris leurs systèmes de vérification, ainsi qu'en respectant de bonne foi les engagements des parties au titre des conventions de limitation des armements, de désarmement et de non-prolifération.

Les parties s'emploient à établir, au Proche-Orient, une zone exempte d'armes de destruction massive, nucléaires, chimiques et biologiques et de leurs vecteurs, qui soit dotée d'un système de vérification mutuelle efficace. En outre, les parties envisageront des mesures pratiques afin de prévenir la prolifération d'armes nucléaires, chimiques et biologiques, ainsi qu'une accumulation excessive d'armes conventionnelles; s'abstiendront de développer une capacité militaire qui aille au-delà de leurs besoins légitimes de défense, tout en réaffirmant leur détermination de parvenir au même niveau de sécurité et d'instaurer la confiance mutuelle avec la quantité la

moins élevée possible de troupes et d'armements et d'adhérer à la CCW; favoriseront les conditions susceptibles de permettre l'établissement de relations de bon voisinage entre elles et soutiendront les processus visant la stabilité, la sécurité et la prospérité ainsi que la coopération régionale et sous-régionale; étudieront les mesures de confiance et de sécurité qu'il conviendrait d'adopter en commun entre les parties en vue de la création d'un "espace de paix et de stabilité en Méditerranée", y compris la possibilité à terme de mettre en œuvre à cet effet un pacte euro-méditerranéen.

6. Cette initiative montre la volonté résolue des partenaires de favoriser le développement des ressources humaines et l'emploi, conformément aux objectifs du Millénaire pour le développement, y compris la réduction de la pauvreté; les chefs d'État ou de gouvernement soulignent qu'ils sont déterminés à renforcer la démocratie et le pluralisme politique par le développement de la participation à la vie politique et l'adhésion à l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ils affirment également leur ambition de bâtir un avenir commun fondé sur le plein respect des principes démocratiques, des droits de l'homme et des libertés fondamentales, consacrés par les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, comme la promotion des droits économiques, sociaux, culturels, civils et politiques, le renforcement du rôle des femmes dans la société, le respect des minorités, la lutte contre le racisme et la xénophobie, ainsi que la promotion du dialogue culturel et de la compréhension mutuelle.

7. Les chefs d'État ou de gouvernement réaffirment leur soutien au processus de paix israélo-palestinien, comme mentionné lors de la réunion ministérielle euro-méditerranéenne tenue à Lisbonne en novembre 2007, et conformément au processus d'Annapolis. Ils rappellent que la paix au Proche-Orient requiert une solution globale et se réjouissent, à cet égard, de l'annonce selon laquelle la Syrie et Israël ont engagé des pourparlers de paix indirects sous les auspices de la Turquie, conformément aux termes de référence de la conférence de Madrid pour la paix.

8. Les chefs d'État ou de gouvernement réaffirment leur condamnation du terrorisme sous toutes ses formes et dans toutes ses manifestations, ainsi que leur détermination à l'éradiquer et à lutter contre ceux qui le soutiennent; ils sont déterminés à mettre intégralement en œuvre le Code de conduite en matière de lutte contre le terrorisme afin d'améliorer la sécurité de tous les citoyens dans un cadre qui assure le respect de l'État de droit et des droits de l'homme, en particulier au moyen de politiques de lutte contre le terrorisme plus efficaces et d'une coopération plus étroite pour faire cesser toutes les activités terroristes, protéger les cibles potentielles et gérer les conséquences des attentats. Ils soulignent qu'il faut agir sur les facteurs qui favorisent la propagation du terrorisme sous toutes ses formes, dans toutes ses manifestations et sans réserve, quels qu'en soient les auteurs, les cibles et les finalités. Ils rappellent aussi qu'ils rejettent totalement les tentatives d'associer une religion ou une culture, quelle qu'elle soit, au terrorisme, et confirment qu'ils sont résolus à tout mettre en œuvre pour résoudre les conflits, mettre fin aux occupations, lutter contre l'oppression, réduire la pauvreté, promouvoir les droits de l'homme et la bonne gestion des affaires publiques, améliorer la compréhension interculturelle et garantir le respect de toutes les religions et croyances. Ces actions servent directement les intérêts de tous les peuples de la région Euromed et vont à l'encontre de ceux des terroristes et de leurs réseaux.

Portée et principaux objectifs

9. Les chefs d'État ou de gouvernement conviennent que le défi qui se pose au processus de Barcelone: une Union pour la Méditerranée consiste à renforcer les relations multilatérales, à accroître le partage de la responsabilité du processus, à fonder la gouvernance sur l'égalité de toutes les parties et à traduire le processus en projets concrets qui soient davantage visibles pour les citoyens. Le moment est venu d'insuffler un élan nouveau et durable au processus de Barcelone. Des efforts accrus et de nouveaux catalyseurs sont maintenant nécessaires pour traduire les objectifs de la déclaration de Barcelone en résultats tangibles.

10. Le partenariat euro-méditerranéen demeure un processus ouvert à tous inspiré dans tous ses aspects par le principe du consensus et dont les modalités en matière de projets seront déterminées lors de la prochaine réunion des ministres des affaires étrangères, qui se tiendra en novembre 2008.

11. Le processus de Barcelone: une Union pour la Méditerranée s'appuiera sur l'acquis du processus de Barcelone, dont il renforcera les réalisations et les éléments fructueux. La déclaration de Barcelone, ses objectifs et les domaines de coopération qu'elle prévoit restent d'actualité et les trois chapitres sur lesquels porte la coopération (dialogue politique, coopération économique et libre-échange, et dialogue humain, social et culturel) demeureront au centre des relations euro-méditerranéennes. Le programme de travail quinquennal adopté lors du sommet qui s'est tenu à Barcelone en 2005 à l'occasion du 10^e anniversaire du partenariat euro-méditerranéen (notamment le quatrième chapitre auquel il a alors été décidé d'étendre la coopération, à savoir: la migration, l'intégration sociale, la justice et la sécurité) et les conclusions de toutes les réunions ministérielles resteront applicables. Les chefs d'État ou de gouvernement reconnaissent les avancées et les avantages économiques liés à la création, d'ici 2010 et au-delà, d'une zone de libre-échange approfondie dans la région euro-méditerranéenne, et au renforcement de l'intégration économique régionale dans toutes ses dimensions. Ils sont favorables aux grandes lignes de la feuille de route Euromed en matière de commerce jusqu'en 2010 et au-delà et, plus particulièrement, à une réflexion sur la création d'un mécanisme de facilitation des échanges souple, efficace et favorable au monde des affaires, qui permettrait d'accroître la transparence et les possibilités de commerce et d'investissement.

12. Les chefs d'État ou de gouvernement soulignent que le processus de Barcelone: une Union pour la Méditerranée vise à bâtir un avenir de paix et de prospérité partagée dans toute la région par la mise en œuvre de projets qui renforceront le flux des échanges entre les citoyens de l'ensemble de la région. À cet égard, ils conviennent que cette initiative comporte une dimension humaine et culturelle. Ils soulignent la volonté de faciliter la circulation légale des personnes. Ils insistent sur le fait que promouvoir des migrations légales correctement gérées dans l'intérêt de toutes les parties concernées, lutter contre les migrations clandestines et favoriser les liens entre les migrations et le développement sont des sujets d'intérêt commun qu'il convient de traiter selon une approche globale, équilibrée et intégrée.

13. Le processus de Barcelone: une Union pour la Méditerranée viendra compléter les relations bilatérales que l'UE entretient avec ces pays¹, qui continueront

¹ Les pays concernés sont les suivants: l'Algérie, l'Égypte, Israël, la Jordanie, le Liban, la

d'exister dans les cadres d'action actuels, comme les accords d'association, les plans d'action de la politique européenne de voisinage et, dans le cas de la Mauritanie, le groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique. Sa cohérence et sa complémentarité avec la stratégie commune Afrique-UE seront en outre assurées. Tout en complétant les actions relatives à sa dimension régionale, le processus de Barcelone: une Union pour la Méditerranée sera indépendant de la politique d'élargissement de l'UE, des négociations d'adhésion et du processus de préadhésion.

14. Le processus de Barcelone: une Union pour la Méditerranée imprime un nouvel élan au processus de Barcelone d'au moins trois façons très importantes:

- en rehaussant le niveau politique des relations de l'UE avec ses partenaires méditerranéens;
- en prévoyant un meilleur partage de la responsabilité de nos relations multilatérales; et
- en rendant ces relations plus concrètes et plus visibles grâce à des projets régionaux et sous-régionaux supplémentaires, utiles pour les citoyens de la région.

Renforcement des relations (*Omissis*)

Meilleur partage des responsabilités et gouvernance institutionnelle (*Omissis*)

Coprésidence (*Omissis*)

Gouvernance institutionnelle et secrétariat (*Omissis*)

Projets (*Omissis*)

Financement (*Omissis*)

Observations finales (*Omissis*)

Annexe (*Omissis*)

Mauritanie, Monaco, le Maroc, l'Autorité palestinienne, la Syrie, la Tunisie, la Croatie et la Turquie; les pays candidats participant à des négociations d'adhésion à l'UE; l'Albanie, la Bosnie-Herzégovine, et le Monténégro, candidats potentiels à l'adhésion à l'UE; la Libye, invitée par la présidence depuis la réunion ministérielle Euromed de Stuttgart (1999).

LA DICHIARAZIONE DI PARIGI SULL'UNIONE MEDITERRANEA (13 LUGLIO 2008)

Sommario: **1.** *La neo istituita Unione Euromediterranea come seguito di Euromed (c.d. «Processo» di Barcellona del 1995) - a. Osservazioni introduttive - b. La finalità del summit di Parigi* - **2.** *Unioni internazionali di Stati a confronto - a. Struttura dell'Unione Mediterranea - b. Caratteri dell'Unione Mediterranea* - **3.** *I fattori unionistici - a. Democrazia, cooperazione e welfare - b. Il Processo di Barcellona come unione multilaterale di integrazione regionale e struttura istituzionale in fieri* - **4.** *Vincoli esterni all'Unione Mediterranea - a. Il modello di Heiligendamm - b. Il modello G8 di Heiligendamm per l'economia mondiale* - **5.** *Effimere esperienze di integrazione internazionale africana - a. Unione africana - b. Integrazione regionale e subregionale africana* - **6.** *Conclusione: una soft-union euromediterranea.*

1. La neo istituita Unione Euromediterranea come seguito di Euromed (c.d. «Processo» di Barcellona del 1995)

a. Osservazioni introduttive

Nel contesto definito come Processo di Barcellona di cui alla dichiarazione del 28 novembre del 1995¹ si è tenuto il *summit* di Parigi dello scorso 13

¹ Sul punto concernente gli sviluppi del diritto internazionale dell'integrazione, con particolare riferimento alle c.d. pseudo-organizzazioni o unioni internazionali istituzionalizzate vedi MASSIMO PANEBIANCO, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, p. 78 ss. Con la Dichiarazione di Barcellona del 28 novembre 1995 si è avuta una svolta nei rapporti fra l'Unione europea e i Paesi terzi mediterranei (PTM). Ad una serie di accordi bilaterali preesistenti privi di un nesso strategico si è sostituito, infatti, un modello di partenariato globale che ha coinvolto i Paesi membri dell'Unione europea e i Paesi della sponda Sud del Mediterraneo: Algeria, Autorità Palestinese, Egitto, Israele, Giordania, Libano, Marocco, Siria, Tunisia (la Libia partecipa alle riunioni ministeriali in qualità di osservatore). Articolato su tre *volet* (politico e di sicurezza, economico-finanziario e socio-culturale) persegue i seguenti scopi: *i.* contribuire a realizzare un'area di pace e stabilità nella regione, affermare lo stato di diritto e consolidare i processi democratici in corso; *ii.* creare entro il 2010 una zona di libero scambio fra le due rive del Mediterraneo, nonché un'area di prosperità, di crescita economica e di sviluppo sostenibile attraverso: la liberalizzazione progressiva delle economie mediterranee tramite gli Accordi di Associazione fra ogni PTM e l'Unione europea; l'integrazione orizzontale dei mercati della sponda Sud (la c.d. «integrazione Sud-Sud»); un sostegno diretto dell'Unione europea, soprattutto per facilitare il processo di liberalizzazione, da attuarsi anche con strumenti finanziari.

luglio 2008 fra i Capi di Stato e di Governo e le istituzioni dell'Unione europea unitamente ai rappresentanti di Stati arabi ed islamici dell'area mediterranea e delle relative organizzazioni regionali e subregionali di appartenenza. Esso riecheggia iniziative precedenti degli ultimi decenni del secolo scorso su una base molto più ampia e con compiti ulteriori ed allargati come seguito del c.d. dialogo euro-arabo ed euro-mediterraneo del decennio 1980-1990 (c.d. Foro Mediterraneo). Al *summit* di Parigi dei 43 Stati partecipanti è emerso un modello senza dubbio originale di natura bi-unionistica, dettato dalla necessità e dallo sviluppo degli eventi. Da una parte l'Unione europea a 27 Stati con tutte le difficoltà derivanti dai numerosi inciampi incontrati dal Trattato costituzionale di Roma del 29 ottobre 2004 e da quello di riforma dei Trattati comunitari e di unione firmati a Lisbona il 13 dicembre 2007. Dall'altra parte l'Unione per il Mediterraneo su base di prassi giuridico-politica evolutiva con la presenza di molti Stati candidati ad entrare nell'Unione europea in un futuro più o meno lontano, quali appunto gli stati balcanici (Croazia, Serbia, Bosnia-Erzegovina, Montenegro) ed altri arabo-islamici della sponda Sud (Marocco, e Turchia). Tale metodo non rinnega assolutamente il modello delle Unioni pattizie legate a processi continui di riforma e revisione, come è accaduto negli ultimi venti anni per l'Unione europea, sottoposta ad una raffica di trattati di revisione e ad uno stillicidio di *referendum* popolari e di autorizzazione dei Parlamenti nazionali delle relative ratifiche. Dall'altra parte c'è il modello elastico dell'Unione Mediterranea funzionante a partire dal modello di Barcellona del 1995, senza eccessive formalità ampliandosi ad un numero considerevole e significativo di Stati e dotatosi di organi grossomodo corrispondenti a quelli dell'Unione europea: Presidenza di un Capo di Stato trasformata in co-presidenza franco-egiziana, riunioni periodiche dei Capi di Stato e di Governo e dei Ministri competenti per settori, riunione del Comitato misto dei rappresentanti ufficiali o *senior officer* con sede nella città di Bruxelles, riunioni di emergenza per crisi internazionali dell'area, riunioni di comitati degli enti locali e delle rappresentanze democratiche, ecc. Nel complesso quello che a Bruxelles si fa e si realizza in forza di un trattato, nelle più varie sedi dell'area mediterranea si fa o si farà per forza di consenso e di prassi². In particolare sviluppa il c.d. dialogo euro-maghrebino con gli Stati

Sulla Dichiarazione finale del *summit* di Parigi vedi il commento politico-istituzionale di C. RISI, *Da Barcellona a Parigi, dal processo all'Unione: il nuovo volto della cooperazione euromediterranea*, in *Europ*, 2008, fasc. 1, p. 1 ss.; S. GIORDANO, *La svolta storica dell'Unione per il Mediterraneo nel Medio Oriente*, in *federalismi.it Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 15/2008. La storicità della svolta consiste evidentemente nella trasformazione di Euromed in Unimed, nel contesto del c.d. Processo di Barcellona riguardante le origini, l'attualità ed i prossimi sviluppi del partenariato mediterraneo trasformato in una vera e propria unione internazionale di Stati su base politico-giuridica legata alla permanente libera adesione dei suoi protagonisti e non ancora ad un vincolo giuridico permanente.

² *Forum Mediterraneo*. È un esercizio informale, avviato nel luglio 1994 ad Alessandria d'Egitto, dai Ministri degli esteri di un gruppo di Paesi mediterranei: Algeria, Egitto, Francia, Gre-

dell'Unione Maghrebino-araba del Mediterraneo occidentale³, completando così l'arco di collaborazione ormai esteso a tutti i Paesi della sponda sud dell'area. Oltre al fronte dei Paesi arabo-islamici erano presenti a Parigi gli Stati europei dell'area balcanica anche di recente ammissione (Bosnia Erzegovina, Croazia, Montenegro) nonché il Principato di Monaco come nuovo Stato europeo invitato nel contesto della nuova politica europea di vicinato⁴. Da segnalare la presenza di alcune organizzazioni rappresentative dell'intero mondo organizzato arabo-islamico (Lega araba, Consiglio di cooperazione araba del Golfo e Conferenza islamica) nonché del mondo africano nel suo complesso, regionale e continentale (Unione africana). Tra le organizzazioni di livello universale si segnala la presenza di quelle rappresentative della *governance* economica e politica del mondo globalizzato (Nazioni Unite, Organizzazione mondiale del commercio, Fondo monetario internazionale e Banca mondiale).

b. La finalità del summit di Parigi

Le finalità proprie del *summit* parigino travalicano completamente, senza escluderle, le finalità proprie delle conferenze internazionali degli ultimi decenni del secolo scorso ispirate notoriamente ai principi di un ordine interna-

cia, Italia, Marocco, Portogallo, Spagna, Tunisia e Turchia, cui si è aggiunta Malta dal 1995. Come dialogo euro-arabo ha una specifica identità e rappresenta uno strumento originale di "concertazione informale" e di *brainstorming*. Inoltre, ha, nella nostra ottica, un ulteriore valore come elemento propedeutico per facilitare il progresso del partenariato euro-mediterraneo.

Da questo punto di vista, il *Forum* può costituire in alcuni casi (come effettivamente avvenuto) una sede più informale e ristretta dove i Paesi *like-minded* possono più facilmente confrontare opinioni e mettere a fuoco posizioni comuni. In effetti il *Forum* ha avuto una importante funzione di stimolo nella prima fase del dialogo euro-mediterraneo, contribuendo indirettamente alla nascita del Processo di Barcellona. Delle tre aree di attività del *Forum* (politica, economia e cultura) è la prima – peraltro sempre collegata al primo *volet* del partenariato – quella dove il lavoro è proseguito con maggiore intensità.

³ Processo euro-maghrebino. Un nuovo gruppo "mediterraneo" ha visto la sua costituzione il 10 ottobre 1990 a Roma, con la partecipazione dei Ministri degli esteri di Italia, Francia, Spagna, Portogallo, Algeria, Tunisia, Marocco, Libia e Mauritania (Maghreb). Il gruppo, chiamato inizialmente "4+5" – ed al quale alla riunione di Algeri l'anno seguente (ottobre 1991) si unì Malta (diventando così "5+5") –, adottò, in tale occasione, una «Dichiarazione comune sul dialogo e la cooperazione nel Mediterraneo occidentale». Esso persegue i seguenti scopi: *a.* il rafforzamento del dialogo politico e la promozione della concertazione per le questioni relative alla sicurezza nel Mediterraneo occidentale; *b.* l'instaurazione di una cooperazione economica fondata sul concetto di partenariato a completamento, e non sostituzione, della cooperazione bilaterale.

Il processo euro-maghrebino ha registrato una battuta d'arresto a causa delle sanzioni imposte dall'ONU alla Libia, poi sospese nel 1999 e rimosse anche da parte di singoli Paesi nel 2004. Alla III Conferenza euro-mediterranea di Stoccarda (aprile 1999), la Tunisia propose quindi il rilancio del Dialogo 5+5 per favorire il reinserimento stabile della Libia nel concerto internazionale, per cui, a partire dagli ultimi mesi del 2000, è venuta a rafforzarsi, fra i 10 Paesi, la comune percezione dell'esistenza delle condizioni per rilanciare il gruppo.

⁴ Di recente l'intera politica euro-mediterranea è stata oggetto di integrazione e di ampliamento nell'ambito della nuova politica europea di vicinato che intende instaurare un rapporto privilegiato fra l'Unione europea e tutti i Paesi "vicini", compresi quelli europei e quelli mediterranei medio-orientali e nord africani.

zionale non più esistente o comunque superato (diritto internazionale dell'economia, diritto della cooperazione organizzata regionale e subregionale, diritto internazionale dello sviluppo). Una volta identificata un'area strategica mediterranea, risultante dall'identificazione di quattro sub-aree proprie dell'Unione europea e della sua politica di vicinato nonché dell'area maghrebina e di quella medio-orientale, ne risulta una assoluta prevalenza delle finalità politiche destinate alla garanzia dello *status* territoriale e della stabilità dell'intera area come trainante per la stessa finalità economico finanziaria e di cooperazione allo sviluppo.

Peraltro, già a partire dagli anni Sessanta, poteva cogliersi una divisione internazionale oggi non più esistente fra Paesi industrializzati, Paesi socialisti e Paesi in via di sviluppo che si ponevano su posizioni contrapposte ed antagoniste. Tale realtà fu trasferita anche nell'ambito del diritto internazionale dell'economia e dei rapporti organizzati e, nell'ambito delle Nazioni Unite, si manifestò un significativo dissenso sulle scelte politico-economiche fondamentali. In particolare, da parte dei Paesi in via di sviluppo, si ebbe la richiesta dell'instaurazione di un Nuovo ordine economico internazionale – NOEI –, di una "ineguaglianza compensatrice" e di un dualismo normativo in materia economica e commerciale. Tale azione si realizzava con una metodologia contestativa che vedeva quale principale strumento d'azione le dichiarazioni espresse nell'ambito delle Nazioni Unite e con la richiesta di negoziati globali finalizzati alla definizione di una nuova e diversa cooperazione. Si trattava, in relazione al primo aspetto, di Risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite cioè di atti che non risultano, come tali, caratterizzati dalla obbligatorietà. Onde l'opposizione dei Paesi industrializzati finiva per trovare proprio nel diritto internazionale positivo lo strumento di contrasto più significativo ed efficace. Nel contesto del nuovo ordine internazionale del *post* 1989 la convergenza intorno a valori politici ed economici unificanti rappresenta la vera novità grazie alla quale sono risultati possibili meccanismi di concertazione politica permanente come quello euromediterraneo da cui sono consequenzialmente emersi meccanismi istituzionali come quella della neo istituita Unione Euromediterranea, formalmente non consacrati in un trattato istituzionale o fondativo ma suffragati dall'unanime consenso all'interno di un processo politico destinato a proseguire nel tempo con ulteriori sviluppi di tipo *soft-law* organizzato (c.d. *soft-law organization*)⁵.

⁵ Nella sostanza il modello dell'Unione Euromediterranea rappresenta un felice incrocio tra due tipologie, quella della cooperazione Nord-Sud e quella Sud-Sud, rispettivamente patrocinate in modo unificante nel contesto della globalizzazione intesa come ricerca di un *unum ius* o di una nuova *lex* dell'organizzazione internazionale. D'altra parte le organizzazioni sono tendenzialmente universaliglobali ed espressione degli Stati liberali industrializzati come FMI, World Bank e, in parte, la stessa OMC. Viceversa, per le organizzazioni regionali, già si tendeva a distinguerle in quanto espressioni dei diversi gruppi di Stati e dei relativi interessi. In particolare la cooperazione fra Paesi in via di sviluppo (Sud-Sud) costituiva uno strumento privilegiato della realizzazione del progetto del NOEI ed era indicata come alternativa al modello liberale proprio dei Paesi industrializzati.

Le finalità unificanti del *summit* parigino derivano dalla contestata caducità dei principi del vecchio ordine economico internazionale, contrappositivo e sostanzialmente conflittualista. Sembra così essere emergente l'attuale minore eterogeneità della società internazionale e la graduale e tendenziale accettazione da parte dei Paesi usciti dal socialismo e dei Paesi in via di sviluppo dei valori già propri del mondo industrializzato, essendosi realizzata la c.d. globalizzazione dell'economia intesa come effettiva partecipazione di tutti gli Stati ai benefici di un commercio internazionale realmente ed effettivamente divenuto mondiale. Non è evidentemente questa la sede per affrontare l'amplessissima problematica del diritto internazionale dell'economia, e della cooperazione economica regionale ed interregionale di un periodo di difficile transizione quale quello attuale, allorché sembra ormai acquisito il tendenziale riconoscimento e la tendenziale condivisione, avvenute a livello universale di quei valori politici ed economici già propri del mondo industrializzato occidentale e come, pertanto, appaia fortemente attenuata la tradizionale contrapposizione fra Paesi industrializzati e Paesi in via di sviluppo⁶.

Fattori unificanti, anche nel nostro caso sono stati lo specifico riferimento all'Unione europea ed ai valori del mondo arabo-islamico come componenti essenziali della mediterraneità della nuova area o del nuovo spazio così identificato. Nell'ambito del nuovo riferimento mondiale garantito e realizzato in ambito globale e multifunzionale dai nuovi strumenti si sono sviluppate forme regionali (*open regionalism*) limitate ai soli Stati membri della singola forma associativa ma praticamente diffuse anche in aree, in precedenza, estranee o indifferenti a tali esperienze e, soprattutto, con rapporti interregionali e subregionali coerenti ai principi comuni. La ricerca di nuove aree di integrazione ha messo così in crisi i vecchi schemi di integrazione regionale sui quali si era concentrato lo sforzo diplomatico e si era attardato lo sforzo della dottrina, spesso meritoria ma rigidamente ancorata ad ortodossie oggi inaccettabili⁷.

⁶ Sulla rigidità degli schemi regionali e subregionali preesistenti si è spesso formata una dottrina meritevole di attenzione ma non sempre criticamente avveduta sulle conseguenze reali del c.d. *open regionalism*. Sul punto vedi P. PENNETTA, *Le organizzazioni dei Paesi in via di sviluppo*, Bari, Cacucci Editore, 2002.

⁷ Vedi sul punto PENNETTA, *Le organizzazioni*, cit. *supra*, nota 6, p. 28 ss. È evidente la preferenza del sistema globalizzato con la individuazione di aree interregionali vecchie e nuove aperte al commercio mondiale. Ci si intende riferire alla cooperazione interregionale, cioè alla tendenza, sinora solo relativamente sviluppata, alla conclusione di accordi di cooperazione fra organizzazioni internazionali di una determinata area geografica ed organizzazioni (ovvero Stati) di un'altra area geografica. Accordi anche questi, per i quali dovrà, comunque, essere valutata la compatibilità con l'art. XXIV dell'OMC e con il suo *Understanding* interpretativo. I più significativi esempi di tali forme associative sono costituiti dall'intensa attività realizzata da parte dell'Unione europea che ha concluso (o intende concludere) accordi aventi, fra l'altro, come obiettivo l'istituzione di zone di libero scambio. Si tratta delle iniziative in via di realizzazione con l'ASEAN, il Mercosur, la SADC, i Paesi del Mediterraneo, il Sud Africa, oltre che, evidentemente, della più ampia forma associativa conclusa con i Paesi ACP.

2. Unioni internazionali di Stati a confronto

a. *Struttura dell'Unione Mediterranea*

Come si è detto l'Unione Mediterranea rappresenta l'esaltazione dell'integrazione di una nuova area bi-regionale propria ad un gruppo di Stati e loro organizzazioni, sia dalla parte europea (Unione europea)⁸ sia da quella africana⁹ in senso lato comprensiva di pochi Stati del continente sulla sponda nordafricana¹⁰ (c.d. Unione Africana). All'interno di quest'ultimo fronte compaiono altresì le tre organizzazioni islamiche ed arabe eccedenti i confini del continente africano, in quanto comprensive di Stati del Medio Oriente e degli stessi Stati arabi del Golfo (Conferenza islamica¹¹ e Lega araba¹²). Stati arabo-africani in senso stretto presenti nel *summit* parigino possono intendersi solo quelli presenti nell'Unione maghrebina (Algeria, Libia, Tunisia, Marocco, Mauritania), oltre ovviamente un Paese come l'Egitto estraneo all'Unione maghrebina¹³ ma presente in quella dell'Unione Mediterranea.

Come tale l'Unione appare opportunamente dotata di istituzioni condivise di governo dell'area mediante intese politiche non pattizie a portata regionale. Suoi elementi costitutivi sono quelli propri di ogni unione regionale del-

⁸ La neo costituita Unione Africana, in base al Trattato di Lomè (Togo) dell'11 luglio del 2000, prevede una serie di organi distribuiti in varie sedi, quali la Commissione (Addis Abeba), il Parlamento Panafricano (Il Cairo) e la Corte di giustizia (Pretoria) esercenti le varie competenze affidate all'organizzazione dopo l'avvenuta estinzione della vecchia organizzazione per l'Unità africana sostituita dalla nuova. Ovviamente non si può immaginare una competenza dell'organizzazione nei vari settori (diritti umani, prevenzione dei conflitti, forze africane di intervento) se non con riferimento alla sfera territoriale di cui si occupa.

L'importante esperienza rappresentata dal processo costitutivo dell'Unione Euromediterranea costituisce un rilevante contributo allo sviluppo delle unioni interregionali, risultanti dalla concertazione di gruppi di Stati e di organizzazioni internazionali appartenenti a più continenti e a più sistemi di integrazione internazionale regionale. In tal senso si palesano ancora una volta i limiti geo-politici di organizzazioni come l'Unione europea e l'Unione africana, se privi di adeguati strumenti di espansione e di allargamento extraunionistico. In tal senso vedi M. PANEBIANCO, *Diritto internazionale pubblico*, cit. *supra*, nota 1, capitoli IV e XIV).

⁹ Per il contributo del G8 nella serie dei vertici dei Paesi maggiormente industrializzati dedicati al continente africano vedi M. PANEBIANCO- A. DI STASI, *L'Euro G8 - Contributo alla teoria dello Stato euro-globale*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 237 ss. (con indicazione di testi tratti dalle dichiarazioni finali delle riunioni dei Capi di Stato e di Governo).

¹⁰ Limitatamente alla bibliografia sul ruolo dell'Unione africana vedi JINMI ADISA, *The African Union: the vision, programmes, policies and challenges*, Sipri Yearbook, 2003.

¹¹ La Conferenza islamica, costituita con Segretariato a Jedda, rappresenta la più importante forma di organizzazione tra Stati dei due continenti africano ed asiatico, andando ben al di là dei Paesi arabo-islamici del Mediterraneo.

¹² Non tutti gli Stati della Lega Araba, nata nel 1945, e con Segretariato Al Cairo, hanno la veste di Stati arabo-mediterranei e la gran parte di essi resta fuori dall'Unione Mediterranea, quali ad esempio alcuni Stati africani (Sudan, Mauritania) del Medio Oriente (Iraq, Kuwait, Arabia Saudita, Aden) nonché ovviamente gli Stati della penisola arabica aventi forma politica di Sultanati o di Emirati (Oman, Qatar, Unione Emirati Arabi).

¹³ L'Unione maghrebina degli Stati può dirsi fortemente interessata al processo di integrazione mediterranea, inteso come internazionalizzazione progressiva di funzioni statali nell'area del Mediterraneo: vedi M. PANEBIANCO, *Etats et citoyens à l'heure de la Constitution européenne*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2005, p. 28 ss.).

lo stesso tipo, quali il territorio da intendersi come proprio degli Stati membri e della stessa Unione nonché i relativi popoli e strutture di governo, chiamati complessivamente a realizzare l'unione orizzontale e verticale. L'autonomia normativa dell'Unione appare fin da ora fortemente condizionata da quella degli enti internazionali regionali e subregionali ad essa appartenenti, divenendo così una sorta di modello unico nel vasto panorama delle organizzazioni internazionali contemporanee¹⁴.

b. *Caratteri dell'Unione Mediterranea*

Nell'ampia categoria dei c.d. dialoghi di concertazione istituzionalizzata¹⁵ fra gruppi di Stati e loro organizzazioni si viene ad inserire l'Unione Mediterranea. La presenza dell'Unione europea consentirebbe teoricamente di inserirla nell'ambito delle relazioni esterne all'Unione come una forma avanzata di cooperazione e concertazione tra Stati. Da parte sua l'Unione verrebbe a presentarsi con un modello proprio di valori e di istituzioni al fine di creare una somma di relazioni internazionali in qualche modo corrispondenti ed a essa conformi. La compresenza di organizzazioni dell'altro campo arabo-africano ed arabo-islamico connota l'Unione Mediterranea di sicuri elementi di eterogeneità. Difettano invero dall'altra parte i meccanismi corrispondenti a quelli europei fondati sulla natura dello Stato limitato nella sua sovranità per effetto del suo ingresso nei sistemi di integrazione. Ma esistono anche elementi di omogeneità per effetto della compresenza dei suddetti meccanismi organizzativi in qualche misura omologhi rispetto a quelli dell'Unione europea (Unione africana, Conferenza islamica, Lega araba ed Unione maghrebina).

L'avvio del *summit* di Parigi resta legato a fattori politici ed economico-finanziari, nel primo senso elemento forte del processo unionistico sarà la democratizzazione intesa come forma comune di governo sull'una e sull'altra sponda del Mediterraneo. In tal senso bisognerà verificare quale spazio si da-

¹⁴ Vedi M. PANEBIANCO, *Diritto internazionale pubblico*, cit. supra, nota 1, p. 59 ss. Come osserva l'autore a proposito di multiregionalismo afroasiatico: le stesse dimensioni subregionali dei due continenti rappresentano una variante di eccezionale interesse, suscettibile di essere messa a fuoco come la ragion d'essere di molti schemi di cooperazione e di vera e propria integrazione. Così si aggiungono altri fattori idonei a giustificare ed a spiegare le "mappe" organizzative e le liste dei numerosi enti in esse ricomprese. In tale quadro generale di regionalismo distinto, sia africano, sia asiatico, di natura "multipolare" (o multilivello) risulta poco importante fornire sigle esemplificative delle varie organizzazioni esistenti sul campo; a titolo meramente esemplificativo si indicano quelle di carattere più propriamente continentale: l'APEC, Cooperazione economica dell'Asia Pacifico (Dichiarazione di Canberra del 1989), l'ASEAN, Associazione delle Nazioni del Sud-Est asiatico (Dichiarazione di Bangkok del 1967) e per il continente africano, l'OUA, l'Organizzazione per l'Unità Africana (Addis Abeba 25 maggio 1963 e, successivamente, Dichiarazione di Lagos del 1980), la CEA, Comunità Economica Africana (Abuja, 3 giugno 1991), nonché, di recente, l'UA, l'Unione Africana (Lomè, 12 luglio 2000).

¹⁵ Confronta M. PANEBIANCO, *Diritto internazionale pubblico*, loc. cit., p. 379.

rà ai Parlamenti nazionali nonché al Parlamento europeo, al Parlamento panafricano negli sviluppi del processo di integrazione mediterranea. In secondo luogo la presenza al *summit* di Parigi di tre importanti enti finanziari internazionale quali la Banca mondiale, la Banca europea degli investimenti e la Banca africana di sviluppo condizionerà l'effettiva realizzazione dei vari progetti comuni già individuati. Resta aperto il problema dei flussi finanziari provenienti dal mondo arabo considerata l'assenza di ogni banca comune del settore compensata dalla presenza del Consiglio della cooperazione del Golfo, rappresentato dall'emiro del Qatar, quale possibile soggetto attivo della futura cooperazione finanziaria dell'Unione Mediterranea.

3. I fattori unionistici

a. *Democrazia, cooperazione e welfare*

L'Unione Mediterranea *in fieri* rappresenta una difficile partita a tre tra modelli diversi di democrazia, cooperazione e pace. Dovrebbero infatti fondersi intorno a modelli condivisi l'idea africana¹⁶, americana¹⁷ ed europea dei diritti umani intorno ai concetti sopraindicati¹⁸. Apparentemente tutto è chiaro nei documenti diplomatici ma in fondo sussistono diversità abbastanza marcate. Notevole è la variante arabo-islamica per quanto attiene al Nord-Africa e al Medio Oriente. Altrettanto rimarchevole è l'impatto americano ormai esercitato nell'area in modo sempre più rilevante. Resta la tradizionale idea europea della mediterraneità ora in fase di rilancio.

La riunione del 13 luglio 2008 a Parigi dei Capi di Stato e di Governo euromediterranei è stata il frutto di una precisa volontà politica¹⁹ indirizzata ver-

¹⁶ Sul carattere africano dei diritti umani, attualmente protetti dinanzi alla Commissione internazionale dei diritti umani, vedi bibliografia generale citata in A. SACCUCCI, *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 643 ss.

¹⁷ Si parla di sistema interamericano dei diritti umani con riferimento al ruolo della Commissione e della Corte Interamericana: per la bibliografia vedi A. SACCUCCI, p. 645-646.

¹⁸ Sul sistema europeo dei diritti umani, tra diritto comune e diritti nazionali, non esistono ancora studi e ricerche concernenti il loro confronto con il sistema africano e dei Paesi arabo islamici nell'ambito dell'Unione Mediterranea: vedi A. SACCUCCI, p. 647 ss.

Sul confronto tra i diversi sistemi regionali di protezione vedi A. SACCUCCI, p. 660 ss. e ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2002.

¹⁹ La Dichiarazione di Parigi costituisce un importante progresso per lo sviluppo della teoria del diritto internazionale dell'integrazione in senso globale o universalistico e non in quello autonomistico o separatistico. In realtà risulta poco utilizzabile la precedente dottrina dedicata al diritto dell'integrazione come insieme di organizzazioni africane ed arabo-islamiche, analiticamente descritte dai più vari autori, come una parte del diritto dell'organizzazione internazionale. Al contrario le nuove tendenze assegnano al processo di integrazione lo scopo di inquadrare l'Africa ed il Medio Oriente nel più ampio contesto globale, ovviamente senza dimenticare il contributo delle varie organizzazioni regionali e subregionali. Pertanto bisogna guardare con favore all'abbandono di una prospettiva di vetero-regionalismo internazionale, spesso miope, sterile ed inconcludente perché disattenta ai grandi valori indicati nel presente paragrafo: democrazia, cooperazione allo

so valori condivisi quali pace, democrazia, cooperazione e prosperità. Il Processo di Barcellona-Unione per il Mediterraneo prodotto dalla Dichiarazione di Barcellona e dai suoi obiettivi di conseguire la pace, la stabilità e la sicurezza come pure l'*acquis* del Processo di Barcellona, è un partenariato multilaterale che mira ad accrescere il potenziale per l'integrazione e la coesione regionale. I Capi di Stato e di Governo condividono la convinzione che questa iniziativa può svolgere un ruolo importante nel fronteggiare le sfide dell'area euromediterranea, come lo sviluppo economico e sociale, la crisi della sicurezza alimentare mondiale, il degrado dell'ambiente, inclusi i cambiamenti climatici e la desertificazione per promuovere lo sviluppo sostenibile, l'energia, l'emigrazione, il terrorismo e l'estremismo come pure promuovere il dialogo fra le culture. Essa comprenderà tutti gli Stati membri dell'UE e la Commissione europea, insieme con gli altri Stati (membri ed osservatori) del Processo di Barcellona. La Lega Araba sarà invitata alle riunioni del Processo di Barcellona-Unione per il Mediterraneo come conseguenza della sua partecipazione al Processo di Barcellona. Il Processo di Barcellona-Unione per il Mediterraneo dà il benvenuto alla Bosnia ed all'Erzegovina, alla Croazia, a Monaco ed al Montenegro, che hanno accettato l'*acquis* del Processo di Barcellona.

b. *Il Processo di Barcellona come unione multilaterale di integrazione regionale e struttura istituzionale* in fieri

Secondo il documento di Parigi, con linguaggio in qualche modo enfatico, l'Europa ed i Paesi del Mediterraneo sono legati dalla storia, dalla geografia e dalla cultura e dalla comune ambizione di costruire insieme un futuro di pace, democrazia, prosperità e comprensione umana, sociale e culturale. In tale ottica i Capi di Stato e di Governo sottolineano l'importante ruolo svolto dal Processo di Barcellona sin dal 1995. Esso va proseguito e valorizzato come strumento centrale per le relazioni euro-mediterranee: un'associazione di 39 Stati e più di 700 milioni di persone. Il Processo di Barcellona-Unione per il Mediterraneo ha mirato a costruire quel consenso per conseguire la cooperazione, le riforme politiche e socio-economiche e la modernizzazione sulla base dell'uguaglianza e del mutuo rispetto per la sovranità degli altri Stati. I

sviluppo, *welfare*, processo di integrazione tra aree diverse ed eterogenee, strutture istituzionali di un'area allargata. Viceversa bisogna mostrare una adeguata attenzione ai processi di formazione di nuove *leadership* politico-istituzionali, come la co-presidenza franco-egiziana, responsabile della politica internazionale dell'Unione e del rispetto dei suoi valori all'interno (vedi ad esempio riattivazione dei rapporti diplomatici tra Siria e Libano) e il nuovo impulso dato dal processo di pace tra Israele e l'autorità palestinese. In conclusione, la nuova teoria del diritto internazionale dell'integrazione per l'Africa ed il Medio Oriente riavvicina tali aree sia all'Europa comunitaria sia alle grandi istituzioni mondiali già indicate (Nazioni Unite e Banca mondiale). Sugli sviluppi del diritto internazionale dell'integrazione come obiettivo dell'intera comunità degli Stati e non solo di singole sue parti vedi M. PANEBIANCO, *Diritto internazionale pubblico*, cit. *supra*, nota 1, capitolo VIII, p. 167-202.

Capi di Stato e di Governo sottolineano l'importanza della partecipazione attiva della società civile, delle autorità locali e regionali e del settore privato per la realizzazione degli obiettivi del Processo di Barcellona-Unione per il Mediterraneo. In tale ottica si promuove la sicurezza regionale agendo in favore della non proliferazione nucleare, chimica e biologica, attraverso l'adesione e la conformità a regimi sia internazionali che regionali di non proliferazione, di controllo delle armi e di accordi per il disarmo come il NPT, CWC, BWC, CTBT e/o concordati regionali come zone libere da armi, includendo i loro regimi di controllo come pure realizzando i loro impegni con accordi per il controllo delle armi, il disarmo, la non proliferazione. Si materializza l'impegno di rafforzare la democrazia ed il pluralismo politico attraverso l'allargamento della partecipazione alla vita politica sostenendo tutti i diritti umani e le libertà fondamentali. Sempre nel testo del documento si afferma inoltre l'ambizione degli Stati protagonisti dell'Unione Mediterranea a perseguire una triplice finalità verso un futuro basato sul pieno rispetto dei principi democratici, dei diritti umani e delle libertà fondamentali tutelati nelle regole internazionali dei diritti umani come la promozione dei diritti economici, sociali, culturali, civili e politici, rafforzando il ruolo delle donne nella società, il rispetto delle minoranze, la lotta contro il razzismo e la xenofobia e lo sviluppo del dialogo culturale e della comprensione reciproca. Si riafferma il sostegno al processo di pace Israelo-Palestinese, come riferito al Meeting Ministeriale Euromed di Lisbona (novembre 2007) e secondo il Processo di Annapolis. La pace nel Medio Oriente richiede una soluzione di vasta portata ed a questo scopo la Siria ed Israele hanno iniziato colloqui indiretti di pace sotto gli auspici della Turchia, in accordo con le clausole di riferimento alla pace della Conferenza di Madrid. Viene rinnovata la condanna del terrorismo in tutte le sue forme e manifestazioni e la determinazione a sradicarlo e a combattere i suoi responsabili.

I Capi di Stato e di Governo concordano che la sfida del Processo di Barcellona-Unione per il Mediterraneo è nel dare impulso alle relazioni multilaterali, aumentare la partecipazione del processo, mettere i Governi su una base comune e tradurla in effettivi processi di cooperazione più visibili ai cittadini. In tale contesto l'obiettivo sociale condiviso è quello di assicurare condizioni di benessere in qualche modo comparabili tra i popoli delle due sponde del Mediterraneo, mossi da una unica idea di *welfare*.

Il partenariato euromediterraneo, riconfigurato come un'unione multilaterale di integrazione regionale, richiede un più forte impegno di istituzionalizzazione allo scopo di uscire dalla logica delle pure e semplici riunioni periodiche. Per cui è già programmata una prossima scadenza dedicata al modello organizzativo dell'Unione prevista per il prossimo novembre 2008. La Dichiarazione di Barcellona, i suoi fini e le aree di cooperazione restano valide e i suoi tre capitoli di cooperazione (Dialogo Politico, Cooperazione Economi-

ca e Libero Scambio, Dialogo Umano, Sociale e Culturale), continueranno a rimanere centrali nelle relazioni euromediterranee. Il Programma di lavoro quinquennale adottato nel decimo anniversario del vertice euromediterraneo, tenutosi a Barcellona nel 2005 (incluso il quarto capitolo di cooperazione su «Emigrazione, Integrazione Sociale, Giustizia e Sicurezza», introdotto allora) e le conclusioni di tutti gli incontri ministeriali rimarranno validi. I Capi di Stato e di Governo riconoscono il processo ed il beneficio economico della creazione di un'area di libero scambio nella regione euromediterranea a partire dal 2010 e oltre e più ampiamente il rafforzamento dell'integrazione economica regionale in tutte le sue dimensioni. Nella logica del completamento delle regole commerciali già avviate nel decennio precedente si sviluppa la mappa del commercio Euromed fino al 2010 ed oltre e, in particolare per studiare la creazione di un meccanismo di facilitazione commerciale semplice, efficiente e di mutuo soccorso che porta ulteriore trasparenza ed opportunità commerciali e di investimento.

Il Processo di Barcellona-Unione per il Mediterraneo sarà complementare alle relazioni bilaterali dell'UE con queste nazioni che continueranno sotto le strutture politiche esistenti, come gli Accordi di Associazione, i piani di azione di Politica dei Paesi vicini europei e, nel caso della Mauritania, la struttura del Pacifico Caraibico Africano. Sarà inoltre coerente e complementare con la Strategia Congiunta Africa-UE.

Sebbene complementare nelle attività concernenti le sue dimensioni regionali, il Processo di Barcellona-Unione per il Mediterraneo sarà indipendente dalla politica di allargamento dell'UE dai negoziati di adesione e dal processo di preadesione. Il Processo di Barcellona-Unione per il Mediterraneo dà un nuovo impulso al Processo di Barcellona in almeno tre importanti modi: promuovendo il livello politico delle relazioni dell'UE con i suoi *partner* mediterranei; fornendo ulteriore partecipazione alle nostre relazioni multilaterali e bilaterali; rendendo queste relazioni più concrete e visibili attraverso ulteriori progetti regionali e subregionali importanti per i cittadini della regione.

I Capi di Stato e di Governo concordano nel tenere incontri biennali. Gli incontri dovranno risultare in una dichiarazione politica e in una breve lista di progetti regionali concreti da essere posti in mozione. Le conclusioni dovranno confermare un programma di lavoro esteso a due anni per il Processo di Barcellona-Unione per il Mediterraneo. Gli incontri al vertice dovranno aver luogo alternativamente nei Paesi dell'UE e dei *partner* mediterranei. Il Paese ospite dovrà essere scelto per consenso unanime. Tutti i Paesi facenti parte dell'iniziativa saranno invitati ai vertici, agli incontri ministeriali e altri incontri plenari del Processo di Barcellona-Unione per il Mediterraneo. L'Assemblea Parlamentare Euromediterranea sarà l'espressione parlamentare legittimata del Processo di Barcellona-Unione per il Mediterraneo. La Fondazione

Euromediterranea Anna Lindh per il dialogo fra le culture come istituzione Euromediterranea contribuirà in maniera effettiva alla dimensione culturale dell'iniziativa in cooperazione con la Alleanza di Civiltà UN. Si creerà una copresidenza e sarà istituito un segretariato congiunto. La partecipazione alla copresidenza ed ai segretariati sarà aperta a tutti i membri del Processo di Barcellona-Unione per il Mediterraneo. La copresidenza servirà a migliorare l'equilibrio e la cooperazione: un copresidente sarà dell'UE e l'altro dei Paesi *partner* del Mediterraneo. La copresidenza si applicherà ai Vertici, a tutte le riunioni ministeriali, alle riunioni dei funzionari superiori, al comitato permanente congiunto e, quando possibile, agli incontri di esperti nell'ambito dell'iniziativa. L'instaurazione di una copresidenza da parte dell'UE deve essere compatibile con la rappresentanza esterna dell'UE in conformità con le clausole del trattato in vigore; da parte mediterranea il copresidente dovrà essere scelto con consenso unanime per un periodo di due anni non rinnovabile.

Sarà istituito un Segretariato congiunto per il Processo di Barcellona-Unione per il Mediterraneo, con un ruolo chiave all'interno dell'architettura istituzionale. Il Segretariato darà nuovo impulso a questo processo in termini di identificazione, continuazione, promozione dei progetti e ricerca dei *partner*. L'investimento e la realizzazione dei progetti saranno perseguiti sulla base di una valutazione caso per caso. Il Segretariato lavorerà in un legame operativo con tutte le strutture del processo, inclusa la preparazione dei documenti di lavoro per coloro che debbono deliberare. Il Segretariato avrà una personalità legale separata con uno *status* autonomo. Il mandato del Segretariato è di natura tecnica, mentre il mandato politico relativo a tutti gli aspetti dell'iniziativa resta responsabilità dei Ministri per gli Affari Esteri e dei Funzionari superiori. La Commissione Permanente Congiunta fondata a Bruxelles curerà e preparerà gli incontri dei Funzionari superiori ed assicurerà l'appropriato perseguimento; essa può anche operare come un meccanismo per reagire rapidamente se subentra una situazione eccezionale che richiede la consultazione dei *partner* euromediterranei. I Funzionari Superiori continueranno ad incontrarsi regolarmente per preparare le riunioni ministeriali, inclusi i progetti da approvare, seguire con attenzione e valutare i progressi del Processo di Barcellona-Unione per il Mediterraneo in tutte le sue componenti e sottoporre il programma di lavoro annuale ai Ministri per gli Affari Esteri. Dettagli del mandato della nuova struttura istituzionale, il funzionamento della copresidenza, come pure la composizione, la sede ed i fondi del Segretariato, saranno decisi sulla base di accordi dai Ministri per gli Affari Esteri. I Funzionari Superiori prepareranno i criteri per la selezione dei progetti che devono essere approvati dai Ministri degli Esteri. Il Processo di Barcellona-Unione per il Mediterraneo mobilerà fondi addizionali per la regione, soprattutto attraverso progetti regionali e subregionali. La sua capacità di attrarre maggiori risorse finanziarie per i progetti regionali, con un alto grado di coordinazione

di donatori, costituirà il suo valore aggiunto soprattutto attraverso le fonti seguenti, tra le altre: partecipazione del settore privato; contributi dal bilancio dell'UE e di tutti i *partner*; contributi da altri Paesi; istituzioni finanziarie internazionali ed istituzioni regionali; il FEMIP (Facilitazioni di Partenariato ed Investimenti Euromediterranei); la copertura dell'ENPI Euromediterranea, le facilitazioni per gli investimenti dei Paesi vicini e lo strumento di cooperazione trasversale all'interno dell'EMPI, come pure gli altri strumenti applicabili ai Paesi coperti dall'iniziativa, per cui continueranno ad applicarsi le usuali selezioni e regole procedurali.

4. Vincoli esterni all'Unione Mediterranea

a. *Il modello di Heiligendamm*

Il modello della futura Unione Mediterranea, ispirato com'è a criteri di globalizzazione, si uniforma a criteri e limiti in parte provenienti da altri gruppi di livello superiore. Intendiamo riferirci a noti documenti diplomatici del c.d. Gruppo degli otto Paesi maggiormente industrializzati (G8) secondo il testo prodotto nel *summit* o vertice dei Capi di Stato e di Governo tenutosi a Heiligendamm (Repubblica Federale Tedesca, luglio 2007). Ci riferiamo in particolare al documento «Growth and responsibility in Africa»²⁰.

Già prima, sin dalla fine degli anni '90, i *summit* del G8 hanno riservato all'Africa una grande priorità, in particolare la decisione di Gleneagles (2005-Scozia) per consentire un'agevolazione fiscale senza precedenti del debito multilaterale di oltre 60 miliardi di dollari USA, la cui attuazione è ora ben avviata. Finora si trattava di regole finanziarie limitate alla riduzione del debito multilaterale dei Paesi africani più poveri. Inoltre, in confronto al 2004, si tratta di aumentare, entro il 2010, l'aiuto pubblico per lo sviluppo dell'Africa di 25 miliardi di dollari USA l'anno, con l'ausilio di altri donatori. L'OCSE (organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) stima l'aumento globale dell'aiuto finanziario ai Paesi africani di circa 50 miliardi di dollari USA l'anno entro il 2010. Il *report* sul Progresso dell'Africa offre

²⁰ L'importante documento del G8 elaborato nel vertice di Heiligendamm tenutosi l'8-10 luglio del 2007 sotto la presidenza tedesca è espressamente dedicato all'Africa sotto il titolo «Growth and responsibility in Africa». Esso dimostra come il continente africano debba attribuirsi alcune finalità globali di natura istituzionale, pace, buon governo e lotta alla corruzione come fattori per uscire dalla crisi del Continente nonché obiettivi tradizionali di sviluppo economico e di *welfare* (politica sanitaria, diritto alla salute). In tal modo ponendo un limite all'autonomia regionale africana supera per sempre le vecchie tendenze africaniste, già ispiratrici delle *leadership* politiche del Continente, anche da parte europea, dove non erano mancate solidarietà nel regime di associazione Acp (Africa-Caraibi-Pacifico). Riportiamo i titoli dei paragrafi in cui si articola il documento: A continent on the move; Strengthening good governance and institutional capacities; Fostering investment and sustainable economic growth; Promoting peace and security; Improving health system and fighting Hiv/aids, Tb and Malaria.

l'opportunità di sostenere regolarmente il sostegno che il G8 offre per lo sviluppo dell'Africa, soprattutto per quanto concerne la messa in atto dell'impegno in materia di ODA.

È importante che il gruppo degli otto si sia dato carico di immaginare un futuro dell'Africa, non limitandosi come accadeva in passato a semplici previsioni abbastanza ovvie e scontate concernenti la crescita (*growth*) e lo sviluppo sostenibile. Negli scorsi anni, l'Unione Africana (UA) e il suo programma di Nuovo Partenariato per lo Sviluppo dell'Africa (NEPAD) hanno fornito un ampio movimento di riforme nell'ottica di migliorare la *governance* in Africa. Con il suo Piano d'Azione per l'Africa, il G8 ha fornito un quadro strategico per una collaborazione basata sul partenariato e continuerà a sostenere la buona *governance* in tutto il continente africano. Quest'ultima è una base importante. In tutte le sue dimensioni (politica, economica, sociale, culturale, ambientale) e a tutti i livelli (dal livello locale a quello globale) merita un riconoscimento. Essenziale è che essa si ispiri a principi di responsabilità globale. Detto in altri termini che sia trasparente e presentabile dentro e fuori dell'Africa secondo criteri internazionalmente condivisi.

Anche la buona *governance* finanziaria sostanzia negli approcci integrati ed armonizzati di valutazione e di riforma della gestione delle finanze pubbliche secondo il programma «Spese pubbliche e responsabilità finanziarie». Le comunità economiche regionali variamente denominate (c.d. Cer) continuano ad essere i motori essenziali dell'integrazione economica e politica e contribuiscono a meglio integrare gli Stati africani al sistema commerciale internazionale. I Paesi del G8 daranno il sostegno per una iniziativa di sviluppo delle capacità per i CER conforme ai principi della Dichiarazione di Parigi. Occorre porre l'accento in modo particolare sullo sviluppo delle infrastrutture al fine di garantire che il piano d'azione a breve termine del NEPAD in favore delle infrastrutture sia attuata senza indugi, in particolare per sostenere il Fondo per il finanziamento dei progetti di infrastruttura del NEPAD. In tale ottica è previsto il sostegno al Consorzio per le infrastrutture in Africa (c.d. ICA) inteso a correggere le carenze in materia, al fine di ridurre l'elevato costo di produzione e di trasporto e di garantire la manutenzione delle infrastrutture.

Tutto ciò sulla base di valori universali che sono il rispetto dei diritti umani, delle libertà fondamentali, la pace, la democrazia, la buona *governance*, la parità dei sessi, lo Stato di diritto, la solidarietà e la giustizia, nonché la gestione sostenibile delle risorse naturali.

Sempre secondo il documento di Heiligendamm alcune esperienze del passato, se revisionate, possono essere salvaguardate. Alcuni organismi, come il *Forum* per il partenariato con l'Africa (APF), potrebbero costituire un quadro adeguato per associare nuovi operatori allo scopo di combattere le problematiche economiche e sociali africane. Con un tasso medio di crescita di circa il 6%, i risultati attuali dell'Africa nel settore economico oltrepassano la

media mondiale, cosa che ha permesso di cominciare a ridurre la povertà in diversi Paesi. La crescita è sostenuta dai progressi compiuti dalla *governance*, da un clima più favorevole all'attività e dall'aumento della stabilità macroeconomica in molti Paesi nonché da una forte domanda globale di risorse naturali africane. Gli scambi commerciali costituiranno un essenziale motore di crescita in Africa. L'assistenza pubblica allo sviluppo aiuterà i Paesi più poveri a finanziare le loro esigenze basilari, in termini di infrastrutture e di sviluppo umano. Solo a tali condizioni alcune esperienze pregresse potranno avere un futuro accettabile.

I Paesi in cui il funzionamento dei mercati finanziari è buono crescono più velocemente e hanno tassi di povertà più bassi poiché tali mercati permettono di destinare risorse al settore più produttivo. Inoltre conseguentemente consentono di ridurre la dipendenza dalle fonti di finanziamento esterne e di facilitare la gestione dei rischi. La mancanza del settore finanziario come la mancanza di finanziamento a lungo termine sono i principali ostacoli che impediscono l'azione degli investitori africani, soprattutto i capi delle piccole imprese, quelli nel settore informale, e le donne. Fondamentale è sostenere l'iniziativa di «partenariato per l'efficacia del settore finanziario in Africa» e i lavori in corso con la Banca mondiale e la Banca africana di sviluppo per realizzarlo. Questo partenariato permetterà di mobilitare le competenze, le istituzioni e il settore privato in Africa, così come i mezzi dei donatori, per fornire alle autorità pubbliche e al settore privato le capacità solide in materia finanziaria. Costituirà un *forum* di scambio fra pari.

Sempre nel documento si afferma che la pace e la sicurezza sono un requisito indispensabile per il successo dello sviluppo dell'Africa e per la sua sostenibilità. In tal senso si riconosce che svolge un ruolo pilota l'Unione africana. Scopo principale da parte del G8 è proprio di continuare ad assistere l'Unione africana e le organizzazioni subregionali per sviluppare le loro competenze a favore della creazione e del mantenimento della pace e di una sicurezza durevole sul continente. In particolare mediante la prevenzione e la risoluzione dei conflitti. Sono da segnalare con favore i progressi compiuti dal Consiglio di pace e sicurezza dell'Unione africana per il completamento della prima fase iniziale della creazione della forza africana in attesa. Inoltre l'Unione africana ha nominato un Comitato dei saggi e ha adottato un quadro per il Sistema continentale di allarme rapido per il monitoraggio delle crisi e la prevenzione e soluzione dei conflitti armati.

b. *Il modello G8 di Heiligendamm per l'economia mondiale*

Sempre il *summit* G8 di Heiligendamm²¹ ha prodotto un secondo impor-

²¹ Sempre nel vertice G8 di Heiligendamm, *cit. supra*, nota 20, un altro fondamentale documento indica la responsabilità dell'Africa nell'economia globale sotto il titolo «Growth and re-

tante documento denominato «Growth and responsibility in the world economy», anch'esso incidente sul futuro dell'Africa e del Mediterraneo, attraverso l'indicazione di alcuni Stati emergenti dotati di maggiore responsabilità nel futuro dell'economia mondiale (Cina-India, Brasile-Messico, Sud Africa). Né gli Stati del G8 né le maggiori economie emergenti saranno in grado di far fronte a queste sfide individualmente in quanto la globalizzazione economica è un elemento qualificante e strutturale della società mondiale contemporanea. Tenendo conto delle rispettive responsabilità, è necessario sviluppare delle soluzioni comuni, porre in essere una strategia basata su elementi di condivisione in modo da creare una struttura che funga da solida base per realizzare processi coerenti e di reale livello mondiale. In tale ottica sia gli Stati del G8 che le maggiori economie emergenti hanno la possibilità di definire un nuovo partenariato per affrontare queste sfide dell'economia internazionale, ormai non più differibili. Di conseguenza il frutto delle discussioni ha prodotto l'avvio di una nuova forma di collaborazione specifica con le maggiori economie emergenti per discutere argomenti sostanziali in un esauriente processo di *follow-up*. Con lo scopo di raggiungere risultati tangibili in un periodo sufficientemente breve.

Sulla base di questo partenariato tra gli Stati del G8 e i cinque nuovi e-

sponsibility in the world economy». In particolare, i paragrafi contenuti nel sottotitolo «The Heiligendamm process with major emerging economies. High level dialogue between G8 member countries and Brazil, China, India, Mexico and South Africa» indicano il ruolo delle economie emergenti a valenza globale (Cina ed India per l'Asia, Brasile e Messico per l'America, infine Repubblica Sudafricana per l'Africa). In tale contesto già il vertice precedente di Sea Islands, vedi M. PANEBIANCO - A. DI STASI, *L'Euro G8*, cit. *supra*, nota 9, p. 1-270, aveva segnalato l'importanza del partenariato con la conseguente necessità di sviluppo dei diritti umani e delle istituzioni democratiche. Anche sotto tale profilo restano così superate le sterili teorie e gli studi in voga negli anni pregressi, normalmente limitate ad una critica esaltazione delle c.d. organizzazioni internazionali economiche africane, non ancorate a più ampie finalità ed a più significativi obiettivi di riferimento. Gli studi dedicati a tali processi hanno piuttosto alimentato una sorta di autoesaltazione dell'individualismo degli Stati africani e delle loro organizzazioni, normalmente improduttive sotto il profilo di *standard* di diritti umani e di istituzioni democratiche universalmente apprezzabili.

Non è questo il luogo per un esame approfondito del ruolo del c.d. G8-Gruppo dei Paesi maggiormente industrializzati nel contesto dell'ordine giuridico internazionale attuale. Chi scrive non condivide spesso propagande favorevoli alla esaltazione di tale istituto come simbolo di verticalizzazione della Comunità internazionale attuale (confronta A. COMBA, *Neoliberismo internazionale e global economic governance*, Torino, Giappichelli, 2008). Tanto meno si condivide la tesi di chi vede nel gruppo una specie di istituzione sovranazionale globale collegata ad una nuova sovranità degli Stati. I documenti esaminati ed illustrati nel testo sottolineano il ruolo storico e tradizionale di un gruppo di Stati riferito al futuro dell'Unione Mediterranea, come partenariato europeo, nord africano e del Medio Oriente. In tal senso, la sottolineata *responsibility in world economy*, indica senz'altro l'attivazione di un meccanismo associativo, proprio degli Stati che ne attivano l'esistenza e il funzionamento. Pertanto si ritiene utile ricondurre la c.d. *leadership* di gruppo risultante dai documenti indicati dal testo a ruolo universalistico proprio ed insopprimibile degli Stati più attivi nella politica economica internazionale. Riportiamo i titoli dei paragrafi in cui si articola il documento: G8 agenda for global growth and stability; Systemic and stability and transparency; Freedom of investment, investment environment and social responsibility; Promoting innovation-protecting innovation; Climate Change, Energy Efficiency and Energy Security-Challenge and opportunity for world economic growth; Responsibility for raw materials; transparency and sustainable growth; Fight against corruption; The Heiligendamm process with major emerging economies-High level dialogue between G8 member countries and Brazil, China, India, Mexico and South Africa.

mergenti si individua un *club* di *leadership* internazionale ovvero di Stati maggiormente responsabili per il futuro dei continenti e delle loro istituzioni regionali, subregionali e nazionali. L'accordo porta alla sistematica trattazione dei seguenti quattro punti: *i.* promuovere e proteggere l'innovazione; *ii.* promuovere la libertà di investimento attraverso un aperto investimento ambientale che preveda il rafforzamento dei principi di responsabilità sociale e ambientale delle imprese; *iii.* definire le responsabilità comuni in termini di sviluppo, con uno sguardo particolare rivolto all'Africa; *vi.* condividere la conoscenza per migliorare la collaborazione nell'ambito dell'efficienza energetica e delle tecnologie, al chiaro scopo di contribuire a ridurre le emissioni di CO₂, nel rispetto del Dialogo sul cambiamento climatico di Gleneagles, l'energia pulita e lo sviluppo sostenibile, ed il Piano di azione di S. Pietroburgo sulla sicurezza energetica mondiale. Tutto ciò significa un coinvolgimento progressivo dei nuovi Stati emergenti nel pieno funzionamento delle organizzazioni internazionali preesistenti come organizzazione internazionale del commercio (OMC) e fondo monetario internazionale (OCSE). Significa altresì il riconoscimento di un ruolo attivo nei confronti dell'economia mondiale intesa come unità di interessi e di valori. Significa infine un potere di vigilanza e di sorveglianza sul futuro delle singole parti costitutive dell'economia mondiale.

Il c.d. *Heiligendamm process* è destinato a trovare attuazione nei futuri incontri del G8. Esso servirà a concretizzare tra le varie formule organizzative proposte quella attualmente più condivisa. In altri termini al carattere tricontinentale tra Paesi del nord del mondo si aggiungerebbe un secondo livello tricontinentale tra Paesi del Sud del mondo. Insieme i due livelli verrebbero ad agire in modo interconnesso al livello massimo di responsabilità politica, con gestione di poteri affidati ad un vertice straordinariamente ristretto e rappresentativo. Il che ovviamente dovrà anche porre qualche problema circa il rapporto di compatibilità tra i cinque nuovi Stati emergenti, c.d. G5, e le singole aree regionali tra cui quella euromediterranea di cui ci occupiamo.

5. Effimere esperienze di integrazione internazionale africana

a. *Unione africana*

Al termine di questa breve disamina bisogna infine osservare quale significato attribuire alla presenza dell'Unione Africana, quale organizzazione rappresentativa dell'intero continente nonché al suo ruolo di partecipante ai lavori e di firma del documento finale del *summit* di Parigi. Indubbiamente la condivisione del modello dell'Unione Mediterranea rappresenta una novità alternativa all'intera storia dell'organizzazione internazionale nel continente africano, troppo legata alle finalità della cooperazione fra Stati in via di svi-

luppo nonché a tipologie fortemente imitative di quelle comunitarie europee. La stessa netta separazione tra cooperazione economica e politica nonché la preferenza attribuita alla dimensione meramente interregionale e subregionale hanno contribuito a mettere in crisi l'intero processo di integrazione africana. Con il nuovo aggancio alle prospettive e ai metodi della globalizzazione emerge in sostanza l'adozione di un doppio modello vetero e neo africanista. Da tale adesione bisogna attendersi mutamenti di prospettive ancora poco chiari e non sufficientemente analizzati in dottrina²². Sicché appare opportuno considerare la crisi di molte effimere esperienze africane pregresse come uno dei fattori di integrazione della nuova Unione Mediterranea.

Con riferimento ai Paesi in via di sviluppo del continente africano si osserva che l'ampliamento ed il rafforzamento della cooperazione economica concepiti in termini di autonomia africanista abbiano prodotto risultati trascurabili, malgrado l'illusione lungamente praticata in una pluralità di accordi regionali abbia avuto l'ambizione di integrare i Paesi dell'area nell'economia globale, oltre che per realizzare una strategia comune di crescita e sviluppo. Tale prospettiva "neoliberale" è stata manifestata, oltre che dalla conclusione di una pluralità di accordi regionali di carattere commerciale, dalla stessa adesione alla WTO della maggioranza dei Paesi africani.

La cooperazione interstatale in ambito economico e commerciale si è ampiamente manifestata nel continente africano. Infatti, già immediatamente dopo il conseguimento dell'indipendenza a partire dagli anni Sessanta, gli Stati africani hanno realizzato una pluralità di iniziative parziali di cooperazione, manifestando così un particolare "dinamismo" associativo espresso dalla conclusione di trattati: possibilità di sostituire ed integrare i testi normativi per adeguare i modelli di cooperazione africani alla mutata realtà economica mondiale. Va sottolineato il tentativo di superamento della pluralità di ipotesi associative a partecipazione soggettiva limitata o parziale che caratterizza il regionalismo economico africano: infatti, il 3 giugno 1991, nell'ambito dell'OUA, è stato sottoscritto il Trattato di Abuja istitutivo della Comunità Economica Africana la cui partecipazione soggettiva è, potenzialmente, estesa a tutti gli Stati africani. Si tratta di una organizzazione competente per l'intero continente e che si caratterizza per la utilizzazione strumentale delle forme organizzative regionali e subregionali al fine del raggiungimento di una più ampia cooperazione estesa all'intera Africa.

b. *Integrazione regionale e subregionale africana*

Con riferimento alle diverse tipologie di integrazione regionale e subregionale si osserva la forma associativa definita di organizzazione istituziona-

²² Vedi P. PENNETTA, *Le organizzazioni internazionali dei Paesi in via di sviluppo*, cit. supra, nota 6, da p. 1 a p. 61.

lizzata, caratterizzata da un elemento oggettivo legato all'esercizio di funzioni internazionali gestite collettivamente dagli Stati che conservano interamente la responsabilità delle attività svolte in comune.

Tale categoria organizzativa definisce una forma relativamente stabile ma istituzionalizzata del rapporto associativo fra gli Stati; alla base di tali forme associative può esservi una dichiarazione di ordine politico ovvero la sola prassi degli Stati.

Nell'ambito di tali forme associative si realizza alcune volte una parziale istituzionalizzazione attraverso la creazione di Segretariati, che ne costituiscono il supporto; in questo senso rilevano, a livello regionale, le esperienze nel continente africano, della SADCC e del Conseil de l'Entente.

Alla creazione di un nuovo e distinto soggetto associativo si perviene attraverso la trasformazione in vera e propria organizzazione internazionale, dotata di personalità giuridica, della precedente e distinta esperienza associativa: in questo senso significative sono le vicende normative africane della SADCC/SADC.

Le organizzazioni di integrazione o sovranazionali si caratterizzano per una maggiore ed assai più stretta solidarietà fra gli Stati membri prevedendo un meccanismo decisionale di approvazione degli atti a maggioranza e, in taluni casi, le decisioni obbligano non solo gli Stati posti in minoranza ma anche, e direttamente, i cittadini degli Stati membri.

Inoltre, fondamentale risulta la presenza di eventuali organi giurisdizionali, dotati di poteri sia contenziosi che interpretativi, nei cui confronti sono previste ampie possibilità di ricorso, nonché il rilievo assunto dagli strumenti di finanziamento, per certi aspetti, autonomi rispetto alla volontà degli Stati membri. Tale modello organizzativo è adottato nell'Africa occidentale francofona: l'organizzazione dell'UEMOA.

Ed infine con riguardo alla cooperazione economica regionale in Africa bisogna chiedersi se si sia sviluppato un autonomo diritto internazionale economico africano, non bastando evidentemente i due caratteri predetti della istituzionalizzazione e della decisione maggioritaria a garantire il successo dei modelli di integrazione. Infatti non risulta alcuna esperienza africana paragonabile a quella europea e le prospettive di sviluppo ipotizzate in dottrina a partire dagli anni Sessanta non hanno trovato alcuna conferma nella prassi, censurata e svalutata in sede di *summit* sia del G8 dal 2004 sia del vertice di Parigi 2008. D'altra parte nell'ambito dell'OUA l'Africa ha a lungo manifestato un interesse assai limitato alla regolamentazione del diritto internazionale economico. Egualmente, in relazione ad un "ipotetico" diritto regionale africano dello sviluppo, quale autonomo insieme di principi e di norme proprie e tipiche degli Stati africani, non si manifesta alcuna prassi in tal senso. Viceversa, gli Stati africani hanno, nei decenni pregressi, contribuito insieme ad altri Stati asiatici e latino-americani alla elaborazione o alla rilettura di talune

norme di diritto internazionale dello sviluppo, secondo un modello ora rimesso in discussione dentro e fuori dell'Africa. In questa più ampia dimensione propria dei PVS, anche in Africa si è riconosciuto lo stretto collegamento esistente fra sviluppo economico e cooperazione regionale. Cooperazione economica su base regionale che, come accennato, si è sviluppata senza effetti significativi. In effetti, un giudizio negativo ha investito le tre differenti generazioni di organizzazioni internazionali economiche regionali africane, corrispondenti a vari modelli tipologici economico-politici di cooperazione, in passato erroneamente sopravvalutate con superficialità di pensiero e con studi approssimativi finalizzati a cogliere puramente e semplicemente la loro compatibilità con quella europea.

7. Conclusione: una *soft-union* euromediterranea

In conclusione della breve presente ricerca emerge qualche linea di tendenza sul futuro dell'Unione Mediterranea, non sempre risultata chiara ai primi commentatori, propensi a vederne la pura e semplice applicazione del c.d. Processo di Barcellona (Euromed)²³. All'epoca il partenariato euromediterraneo serviva semplicemente ad una riappacificazione euro-arabo-islamica sul fronte meridionale nonché su quello balcanico, allora molto attivo come conseguenza del conflitto armato in Bosnia-Erzegovina (Bosnia a maggioranza islamica e a minoranza serba). Ora si tratta di realizzare un profondo salto di qualità secondo i principi di democratizzazione dei processi di integrazione esterna o di buon vicinato o dell'unione con i Paesi delle aree finitime. Ne è conseguito che i fattori dell'integrazione esterna non possono risolversi in una somma di relazioni internazionali contrassegnate da riunioni più o meno periodiche e da solidarietà associative nell'ambito di interessi comuni all'Unione. Perciò il rafforzamento istituzionale dell'Unione costituisce prova della sua tendenziale evoluzione. Altrettanto rilevante è lo sviluppo dei fattori di integrazione interna grazie al coinvolgimento della partecipazione democratica e, soprattutto, degli enti regionali e locali chiamati a rappresentare gli interessi delle comunità minori secondo un processo proveniente dal basso. Tutto ciò non significa una centralità dell'Unione Mediterranea nell'ambito delle relazioni esterne e di buon vicinato da parte dell'Unione europea. Se questo è l'interesse precipuo degli Stati latini dell'Unione, non lo è o lo è in misura minore per tutti gli altri interessati allo sviluppo dei rapporti centroeuropei, secondo le tendenze manifestatesi dopo il 1989 ed ancora più con la tradizionale area nord atlantica, espressione di un interesse primario dell'Unione. Piuttosto le direzioni dell'Unione Mediterranea si collocano nel

²³ Sul tema Euromed vedi: M. PANEBIANCO, *Diritto internazionale pubblico*, cit. *supra*, nota 6.

contesto dei rapporti euro-africani Nord-Sud e vanno esaminati nella teoria generale del diritto dell'integrazione con aree corrispondenti (Mercosur, Africa Meridionale e Sud-est asiatico). Come è stato di recente notato²⁴ proprio tali rapporti di integrazione rappresentano un'alternativa al modello sovranazionale e a quello comunitario classico, inserendosi nella logica della concertazione tra aree regionali omogenee (c.d. *soft integration* privo di Trattati istitutivi e di qualsivoglia elemento di nazionalità). Ne consegue che gli ultimi fenomeni di revisione dei modelli di Unione, quasi tutti ricadenti nel più recente periodo, sono segnati da un tratto comune tale da connettere in una visione unitaria varie aree continentali (Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007; Unione sudamericana-Trattato di Brasilia del 23 maggio del 2008; Carta di Parigi del 13 luglio 2008 sull'Unione Mediterranea)²⁵. Un ultimo carattere decisivo nella Dichiarazione di Parigi del 2008 è rappresentato dalla crisi evidente del regionalismo africano organizzato. Nell'area euromediterranea non vengono in nessun modo riprodotti modelli di associazione preesistenti tra Stati comunitari e Stati dell'area regionale africana, venendosi così a dissolvere un certo numero di pregresse prospettive politico-diplomatiche e giuridico-normative. Difficilmente pertanto si può inserire il modello dell'Unione Euromediterranea in una teoria classica del diritto delle organizzazioni internazionali o del diritto internazionale dell'integrazione o, peggio ancora, del diritto comunitario comparato. Senz'altro un'epoca è finita e intere biblioteche e serie di riviste specializzate vanno sottoposte ad una radicale revisione per contenuti, metodi ed orientamenti. E nessuna prematura illusione potrà convincere i Paesi delle due sponde del Mediterraneo circa la critica ripetizione di modelli di comportamento e di abiti mentali ormai non più riproposti e destinati a divenire più o meno desueti.

Ciro Manzolino*

²⁴ M. PANEBIANCO, *Diritto internazionale pubblico*, cit. *supra*, nota 1, capitolo XIV.

²⁵ Sia consentito rinviare allo studio di C. MANZOLILLO, *Il Trattato costitutivo delle Nazioni Sudamericane (Unasur)*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2008, in corso di pubblicazione.

* Assegnista di ricerca in Diritto Internazionale presso il Dipartimento di Diritto Pubblico Generale e di Teoria delle Istituzioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Salerno.

**IL PARLAMENTO ITALIANO, NEL RATIFICARE IL TRATTATO
DI LISBONA CON LA LEGGE 2 AGOSTO 2008 N. 130 HA DISPOSTO
LA PUBBLICAZIONE SULLA *GAZZETTA UFFICIALE* ITALIANA
DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI (*CARTA DI NIZZA*)**

Comunicato relativo alla legge 2 agosto 2008, n. 130, recante: «Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007*»

In ottemperanza agli ordini del giorno formulati dal Senato della Repubblica e dalla Camera dei deputati, rispettivamente in data 23 e 31 luglio 2008, in sede di approvazione del Trattato di Lisbona, la cui autorizzazione alla ratifica è stata disposta con legge 2 agosto 2008, n. 130, pubblicata nel supplemento ordinario n. 188/L alla *Gazzetta Ufficiale* - serie generale - n. 185 dell'8 agosto 2008, si riproduce di seguito il testo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, già pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* del 14 dicembre 2007.

Il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione proclamano solennemente quale Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea il testo riportato in appresso:

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

(*Omissis*)

* In *Guri* n. 223 del 23 settembre 2008, p. 41 ss. In argomento v. *infra*, p. 651 ss., la nota di MIRIAM IMMEDIATO.

LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELLA GAZZETTA UFFICIALE ITALIANA

Il testo del Comunicato del Ministero degli Affari Esteri, emesso in data 3 settembre 2008 e pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale*, serie generale, - n. 223, del 23 settembre 2008, contiene in allegato il testo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (*Carta di Nizza*), come richiamata dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, autorizzato alla ratifica con l. n. 130 del 2 agosto 2008, in *suppl. ord.* n. 188/L alla *Gazzetta Ufficiale* - serie generale n. 185 dell'8 agosto 2008. Segnaliamo brevemente l'importanza di tale Comunicato riferito all'allegata pubblicazione della Carta – adottata in ottemperanza agli ordini del giorno del Senato e della Camera dei deputati nelle sedute del 23 e 31 luglio 2008 in sede di approvazione del Trattato di Lisbona – per il suo evidente valore informativo, quale notizia *legis* per il pubblico e per gli operatori giuridici. Trattasi di notizia *legis* che consente di conferire il massimo risalto alla *Carta di Nizza*, già incorporata nel Trattato costituzionale del 2004, non entrato in vigore, e pertanto rimasta priva di giuridico rilievo e, in seguito, fatta oggetto di un mero richiamo giuridicamente vincolante da parte del Trattato di riforma, con conseguente acquisizione di vera e propria autonomia documentale.

In sede di prima annotazione, al di là degli innegabili "passi in avanti" compiuti attraverso la modifica rispetto al *corpus* normativo già esistente, non sembra azzardato affermare che una delle innovazioni più significative apportate a Lisbona concerna proprio il nuovo valore attribuito al catalogo dei diritti fondamentali, dato il continuo richiamo operato a tali diritti (vedi Preambolo e artt. 1, 2, 8, 10). Attraverso il Preambolo, infatti, lo *jus* europeo si riferisce immediatamente ad ogni singola persona identificata, al contempo, come *civis* europeo e come *civis* della singola realtà nazionale a cui appartiene, divenendo così il nucleo essenziale della cittadinanza comunitaria. Ecco che la Carta ed i diritti in essa enunciati divengono l'indefettibile comune denominatore fra tradizioni giuridiche costituzionali proprie dei singoli Stati membri e sensibilità diverse, costituendo la premessa di una "cittadinanza europea" e la manifestazione tangibile dell'esistenza di un *idem sentire* chiamato a mettere in luce il carattere profondo di un'Unione non soltanto e non prevalentemente interstatuale.

Sempre in sede di prima annotazione sia consentito rinviare ai lavori parlamentari nelle sedute indicate nel testo del Comunicato (Senato, 23 luglio 2008 - Disegno di legge n. 759 - Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007; Camera dei deputati, 31 luglio 2008. Disegno di legge n. 759 - Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il

Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007). Già la rilevanza del Trattato di riforma è stata evidenziata dai primi commentatori del Trattato medesimo, i quali hanno segnalato che alla mancanza di un Trattato costituzionale europeo, capace di coagulare intorno ad un unico centro un sistema di valori eticamente incorporati in principi ispiratori dei singoli diritti, supplisce la *Carta di Nizza* con la sua giuridica obbligatorietà, come espressione più sofisticata – e fino ad ora sperimentale – di un vero e proprio costituzionalismo sovranazionale, stante il suo innegabile contributo all'innalzamento del rango dei diritti fondamentali dell'Unione ed alla collegata "costituzionalizzazione" dello stesso ordinamento giuridico (si veda, al riguardo, il saggio a cura di M. CARTABIA, in F. BASSANINI e G. TIBERI (a cura di), *Le nuove Istituzioni europee - Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 89-107). Dette considerazioni danno contezza dell'assoluta importanza del Comunicato di cui in oggetto e dell'allegata pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale* della *Carta di Nizza* e dei diritti ivi enunciati, ossia di quei diritti che, toccando le fondamenta stesse del sistema, rendono lo spazio comune dell'Unione europea spazio effettivo di libertà, sicurezza e giustizia, e, quindi, dei diritti "costituzionalmente" garantiti.

Miriam Immediato*

* Cultore di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno.

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

SOCIETÀ DEL SAPERE E SVILUPPO SOCIALE: I PRINCIPI FONDAMENTALI DEL DIRITTO ALLA BASE DELLA COSTRUZIONE DI UNA MODERNA SOCIETÀ*

Sommario: **I.** Considerazioni preliminari - **II.** I principi fondamentali del diritto applicati dalla Corte di giustizia di Lussemburgo - **a.** Principio di uguaglianza e divieto di discriminazione - **b.** Certezza del diritto - **c.** Legittimo affidamento - **d.** Diritto alla difesa - **e.** Principio di proporzionalità - **f.** Altri principi - **III.** Conclusioni.

I. Considerazioni preliminari

È un'ottima e precisa delimitazione, quella inserita nel titolo del nostro convegno: «*Società del sapere e sviluppo sociale*».

Il titolo avrebbe potuto infatti accennare ad altri tipi di sviluppo come, ad esempio, «*Società del sapere e sviluppo tecnico-scientifico*» oppure «*Società del sapere e sviluppo economico*».

Sotto il profilo tecnico-scientifico, una società del sapere ben organizzata sarebbe senz'altro in grado di realizzare risultati straordinari. Ma con quale impatto e con quali prospettive?

Una società del sapere bene organizzata potrebbe infatti anche produrre un popolo di "*automi*", un popolo di "*robot*", per intenderci, diligenti, precisi, impeccabili, infaticabili, ma sempre *robot*.

* Relazione tenuta al Convegno svoltosi a Ispica il 26 luglio 2008 su «Società del sapere e sviluppo sociale nei Paesi del Mediterraneo» organizzato dall'Associazione l'arco e la fonte nell'ambito degli «Incontri Arabo Mediterranei d'Ispica».

La storia insegna che alcune forme di totalitarismo, anche del recente passato, miravano proprio a questo: trasformare i cittadini in sudditi ubbidienti e tramutare molti di questi in veri e propri *robot*.

Non credo sia questo l'obiettivo che deve perseguire una società del sapere¹.

In modo analogo possiamo esprimerci sotto il profilo dello sviluppo economico.

È ovvio che una società del sapere ben organizzata può essere in grado di assicurare uno sviluppo economico strepitoso. Ma, anche qui, con quale impatto e con quali prospettive?

Uno sviluppo economico fine a se stesso può identificarsi in un aumento eccezionale del prodotto interno lordo (il celebre PIL).

Tutti i Paesi del mondo si preoccupano di aumentare il PIL: lo leggiamo ogni giorno sui giornali. Qualcuno potrebbe pensare che tagliando tutti i boschi e sradicando tutte le foreste il PIL potrebbe aumentare in modo impressionante a causa dell'enorme quantità di legname prodotta.

Analogamente, pur di aumentare il PIL non ci dovremmo preoccupare di inquinare i mari, i laghi e i fiumi, così da rendere necessaria la costruzione di giganteschi impianti di depurazione che contribuirebbero in modo rilevante ad incrementare il PIL.

Oppure, ancor meglio, si potrebbe rendere l'aria irrespirabile, così da costringere tutti gli abitanti del pianeta a portare la maschera a gas. Ve lo immaginate: sei miliardi e mezzo di maschere a gas! Il PIL raggiungerebbe livelli vertiginosi².

Sto esagerando, naturalmente, ma un po' di sarcasmo è necessario per ridimensionare gli entusiasmi dei fanatici adoratori del PIL. Come è noto, diversi economisti stanno da tempo pensando ad un nuovo modo di misurare il prodotto interno lordo degli Stati (PIL).

Il primo a capire che qualcosa non andava nella misurazione del PIL è stato, sorprendentemente, *Robert Kennedy*, il fratello del Presidente assassinato che, purtroppo, ha subito in seguito lo stesso destino.

In una conferenza tenuta il 18 marzo 1968 all'Università del Kansas, *Robert Kennedy* ha concluso il suo discorso più o meno in questi termini: «*il prodotto interno lordo americano, che rappresenta la nostra ricchezza, include, tra gli indici misuratori di tale ricchezza, l'aria inquinata, la pubblicità per le sigar-*

¹ Come neppure deve perseguire l'obiettivo di plasmare esseri dotati di acuta conoscenza ma dalla personalità stravolta come auspicato da *F. W. Nietzsche*, nelle sue opere e, in particolare, in *L'Anticristo* e in *Ecce homo*, cfr. *Opere complete di Friedrich Nietzsche*, traduzione italiana, a cura di *GIORGIO COLLI* e *MAZZINO MONTINARI*, Milano, Adelphi, 1970.

² Dopo un periodo di adattamento, gli stilisti, soprattutto quelli italiani, troverebbero anche il modo di inventare nuove forme e nuovi colori così da rendere le maschere a gas più attraenti, soprattutto per le giovani donne.

rette, le ambulanze utilizzate per raccogliere i morti e i feriti per incidenti occorsi sulle nostre autostrade. Include ugualmente, come indici misuratori, le porte blindate che ci difendono dai ladri e le carceri nelle quali vengono rinchiusi i ladri che le hanno forzate. Include pure la distruzione delle nostre bellezze naturali. Include, inoltre, tra i misuratori della nostra ricchezza, i carri armati, le bombe al napalm e le testate nucleari. Include, infine, anche i programmi pieni di violenza che trasmettono le nostre televisioni allo scopo di vendere i videogiochi ai nostri figli. Tutto questo fa ricchezza.

Ma, gli indici misuratori del nostro prodotto interno lordo non tengono conto della salute dei nostri figli, della qualità della loro educazione e del loro avvenire. Non tengono neppure conto dell'intelligenza delle persone, della loro integrità, del loro coraggio e della loro saggezza. In breve gli indici misuratori della nostra ricchezza, tengono conto di tutto, tranne che di quello che rende la vita degna di essere vissuta».

Anche *Robert Kennedy*, come è evidente, esagerava, ma il suo discorso fa indubbiamente riflettere e ci obbliga a considerare la vita secondo una diversa scala di valori.

Tornando ora al titolo del nostro convegno, dovremmo essere d'accordo nel ritenere che una società del sapere non deve sviluppare "robot", come non deve sviluppare un'economia fine a se stessa.

Una società del sapere deve quindi tenere in considerazione soprattutto gli esseri umani, mettendo loro a disposizione strumenti adeguati per rendere possibile ciò che dovrebbe essere inteso come sviluppo sociale³. La storia ci aiuta a capire quali siano gli esempi di sviluppo sociale da considerare.

Ad Atene si è avuto sviluppo sociale, non a Sparta. Atene è stata la culla della civiltà occidentale dove si sono raggiunti risultati straordinari nelle arti, nelle scienze, nella filosofia e soprattutto nel vivere civile perché è ad Atene che è nata la democrazia, e la democrazia può funzionare soltanto nella libertà e con uomini liberi. Atene era una città aperta e libera e liberi erano gli ateniesi⁴.

Sparta era invece una società chiusa, governata in modo tirannico e gli abitanti non vivevano da uomini liberi. Sparta non ha prodotto niente di culturalmente o socialmente apprezzabile e non ha lasciato alla civiltà niente che fosse degno di essere ricordato⁵.

³ Per sviluppo sociale si può intendere un processo che consenta, in modo progressivo, ad uomini e donne di esprimere in ogni campo le proprie potenzialità, come esseri liberi e responsabili, all'interno di un sistema sociale organizzato che riconosce il merito, punisce l'ingiustizia, fissa le regole del vivere civile e dell'attività economica, ed assiste chi, senza colpa, non è in grado di far fronte agli impegni della vita.

⁴ Diceva *Leo Longanesi* che «in Italia non è la libertà che manca, mancano gli uomini liberi» e sono gli uomini liberi che fanno funzionare la democrazia.

⁵ Se proprio vogliamo accennare ad un lascito di Sparta, possiamo ricordare un termine derivato dal nome del territorio di cui Sparta era capoluogo: *Laconia*. Da *Laconia* deriva infatti il termine *laconico* dovuto alla proverbiale propensione degli spartani ad impiegare espressioni sintetiche. Si racconta che il generale spartano che, al termine di una battaglia cruenta, sconfisse Tebe e comuni-

Ma uno sviluppo sociale, nel senso appena accennato, può tanto più raggiungere livelli elevati in una complessa società moderna, quanto più tale società risulta fondata sul diritto.

Di qui, la specificazione nel titolo della mia relazione: *«I principi fondamentali del diritto alla base della costruzione di una moderna società»*.

Già il diritto, come tale, svolge una funzione basilare per promuovere lo sviluppo sociale. *Hernando de Soto*, un economista peruviano, nel suo libro: *«Il mistero del capitale: perché il capitalismo ha trionfato in Occidente e ha fallito nel resto del mondo»*⁶, sostiene che uno dei motivi più importanti del successo delle economie dei Paesi occidentali è proprio costituito dall'efficacia vincolante attribuita al diritto in tali Paesi.

Secondo *de Soto*, l'attività economica e commerciale non riesce a svilupparsi in modo efficace nei Paesi nei quali il sistema giuridico non garantisce, ad esempio, la proprietà immobiliare, escludendo il ricorso ad adeguati strumenti di tutela giuridica, come le ipoteche, rendendo così impossibile, tra l'altro, la creazione di un vero e proprio mercato immobiliare con tutte le conseguenze, in termini finanziari, che ne derivano⁷.

cò al proprio governo *laconicamente*: «*Tebe presa!*» venne aspramente redarguito, perché bastava dire «*Presà!*» in quanto tutti sapevano che si trattava di Tebe. Sicuramente ad esempi del genere si è ispirato Leo Longanesi quando ha coniato la sua folgorante battuta: «*una persona che impiega cinque parole per dire quello che può dire in tre è capace di qualsiasi delitto*». La verità di una tale massima ci viene confermata ogni giorno dai discorsi di molti dei nostri uomini politici, costantemente affetti, ad un tempo, da stitichezza concettuale e da diarrea verbale.

⁶ Traduzione dall'inglese a cura di G. BARILE, Milano, Garzanti, 2001

⁷ Se non si può far ricorso alle ipoteche, significa che la proprietà di un bene immobile non è sicura. Ciò comporta la mancanza di certezza giuridica negli acquisti e nelle vendite. Nessuno compra se non è sicuro della proprietà. Ugualmente nessuno concede mutui se non può imporre ipoteche. Di qui l'inesistenza sia di un mercato immobiliare sia di un mercato finanziario connesso a quello immobiliare. A questo proposito riteniamo estremamente interessanti le osservazioni svolte da *Marco Vitale*, nella sua postfazione al libro di CARLO CATTANEO, *Del pensiero come principio d'economia pubblica*, Libri Scheiwiller, Milano, 2001. Alle p. 116-118 di tale postfazione, *M. Vitale*, riferendosi al libro di *de Soto*, così si esprime: «*De Soto ha condotto una approfondita ricerca durata parecchi anni in un gruppo di paesi non sviluppati (Perù, Brasile, Filippine, Haiti ed Egitto) e ha scoperto una cosa straordinaria: che i poveri di questi paesi poveri hanno delle attività significative. De Soto ha stimato, solo sul fronte della casa, un valore di 9 trilioni di dollari che è un valore superiore a tutti gli aiuti che questi paesi hanno ricevuto dal 1945 ad oggi. In Egitto, ha stimato che le attività dei poveri sono 55 volte più elevate di tutti gli investimenti esteri ricevuti dall'Egitto dal '45, inclusi quelli per il Canale di Suez e per la diga di Assuan. L'autore si è chiesto: ma perché questi attivi di questi esclusi non diventano fattori di sviluppo, quindi capitale? Perché – è la risposta – sono fuori dalla sfera del diritto. Il 95% della case di questi poveri sono illegali, non esistono, esistono solo per proteggerli fisicamente, per dormire, ma se devono fare un mutuo sulla casa non possono, se devono venderla non possono, perché la casa è illegale e quindi non esiste. E perché sono illegali? Perché costruire una casa legale in questi paesi è una fatica proibitiva per un povero. De Soto ha fatto un esperimento in Perù, il suo paese. Nel suo paese c'è una legge che dà ai poveri il diritto di avere un appezzamento di terreno dal governo per costruire legalmente una casa; ha mandato due suoi collaboratori a fare tutta la pratica e ha scoperto che sono necessari 728 passaggi burocratici per costruire una casa legale. In Egitto per aprire una piccola impresa occorrono 289 giorni di pratiche burocratiche. Sempre in Egitto per avere una licenza di taxi, occorrono 26 mesi di lavoro burocratico. Per combinazione ho conosciuto un giovane egiziano che era appena emigrato a Chicago, ed era tutto contento, con la sua licenza di taxi; gli ho chiesto quanto tempo ci aveva messo ad averla e lui mi ha detto circa quindici giorni. Questo mostra l'enorme differenza di possibilità tra paesi sviluppati e paesi non sviluppati. Questa grande scoperta o riscoperta*

Ma la nostra attenzione deve essere focalizzata sui principi fondamentali del diritto che sono alla base della stessa democrazia. Negli Stati totalitari, infatti, tali principi non vengono osservati.

In Europa, dove è stato possibile, grazie ai padri fondatori delle Comunità europee, realizzare un'unione tra Stati che fino a qualche decennio fa si facevano la guerra, esistono due Corti supreme, la Corte di giustizia dell'Unione europea con sede a Lussemburgo e la Corte europea dei diritti dell'uomo, con sede a Strasburgo, che hanno avuto modo, nella loro giurisprudenza, di affermare ripetutamente i principi fondamentali del diritto, rendendoli applicabili, in modo vincolante, non solo all'interno dei ventisette Stati membri dell'Unione europea, ma anche all'interno di tutti gli Stati europei che aderiscono alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (quarantasei Stati).

Dalla giurisprudenza di queste Corti supreme è possibile enucleare i principi fondamentali del diritto che stanno alla base degli ordinamenti giuridici della grande maggioranza degli Stati europei.

Nell'esaminare tali principi, ci limiteremo a citare e a riportare la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea di Lussemburgo, anche se tale giurisprudenza è in gran parte derivata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo con sede a Strasburgo.

II. I principi fondamentali del diritto applicati dalla Corte di giustizia di Lussemburgo

In particolare la Corte di giustizia, come giudice supremo dell'ordinamento comunitario, ha dichiarato di essere tenuta ad ispirarsi, nelle sue sentenze, alle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Questo suo impegno solenne l'ha portata a pronunciarsi nel modo che subito vedremo con riferimento ad alcuni dei più importanti principi fondamentali del diritto di volta in volta presi in considerazione.

a. Principio di uguaglianza e divieto di discriminazione

Nella sentenza *Überschär*⁸ la Corte ha affermato che: «*il principio generale di uguaglianza, di cui il divieto di discriminazione a motivo della cittadinanza è solo un'espressione specifica, è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario*».

Dal passo della sentenza appena riportato si deduce che la Corte impiega indifferentemente l'espressione «principi generali» e «principi fondamentali»

di de Soto, peraltro, è una pessima notizia: perché è più facile mandare aiuti finanziari che mandare diritto. Perché il diritto non si manda, il diritto lo si crea, lo si conquista sul campo».

⁸ Sentenza dell'8 ottobre 1980 in causa n. 810/79, in *Raccolta*, 1980, p. 2764.

per indicare quei principi superiori di diritto di cui essa intende assicurare il rispetto pieno e incondizionato⁹.

b. Certezza del diritto

Tale principio fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario¹⁰ e si impone ad ogni autorità nazionale che debba applicare il diritto comunitario¹¹.

c. Legittimo affidamento

Nella sentenza *Töpfer*¹² la Corte ha affermato che «il principio della tutela del legittimo affidamento fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario».

A proposito di tale principio, come si vede, la Corte non impiega alcuna particolare qualifica (se si tratti, cioè, di principio generale oppure di principio fondamentale).

d. Diritto alla difesa

Nella sentenza *Hoffmann-La Roche*¹³ la Corte di giustizia ha fatto rientrare tra i principi fondamentali del diritto comunitario anche il diritto alla difesa dichiarando che: «*il rispetto dei diritti alla difesa in qualsiasi procedimento con cui possano essere inflitte sanzioni, specie ammende o penali di mora, costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, che va osservato anche se si tratta di un procedimento di natura amministrativa*».

In questo caso, come si vede, la Corte di giustizia torna a parlare di principi fondamentali.

e. Principio di proporzionalità

Con l'inserimento del principio di proporzionalità, l'ordinamento comunitario si è arricchito di un nuovo principio, che non era comune agli ordinamenti degli Stati membri, in quanto è derivato essenzialmente da quello della Repubblica federale tedesca.

⁹ Cfr., in generale, A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002; A. FERRARO, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, p. 503; I. VIARENGO, *Diritto comunitario e valori fondamentali tra sindacato di costituzionalità e controllo di validità della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 367.

¹⁰ Sentenza del 21 settembre 1983 in cause riunite da n. 205/82 a n. 215/82, *Deutsche Milchkontor e altri*, in *Raccolta*, 1983, p. 2633, punto 30.

¹¹ V., in tal senso, sentenza del 27 settembre 1979 in causa n. 230/78, *Eridania-Zuccherifici nazionali e Società italiana per l'industria degli zuccheri*, in *Raccolta*, 1979, p. 2749, punto 31.

¹² Sentenza del 3 maggio 1978 in causa n. 112/77, in *Raccolta*, 1978, p. 1032.

¹³ Sentenza del 13 febbraio 1979 in causa n. 86/76, in *Raccolta*, 1979, p. 511.

Nella sentenza *Buitoni*¹⁴ la Corte ha affermato che: «Il principio di proporzionalità esige che la sanzione comminata per l'inadempimento di un obbligo comunitario non vada al di là dei limiti di quanto è adeguato e necessario per raggiungere lo scopo perseguito».

f. Altri principi

La Corte di giustizia si è pronunciata, altresì, su altri principi e diritti fondamentali prendendo in considerazione:

a. la libertà religiosa¹⁵ nella sentenza *Prais*¹⁶: «Se un candidato informa l'autorità che ha il potere di nomina che, per ragioni d'indole religiosa, egli non potrà presentarsi agli esami ad una certa data, l'autorità dovrà tenerne conto e cercare di evitare di stabilire in quella data le prove d'esame. Pur essendo auspicabile che l'autorità che ha il potere di nomina si informi, in linea di massima, circa le date che per motivi religiosi potrebbero risultare sgradite ai candidati, ed eviti di scegliere detti giorni, per i motivi sopra indicati, non si può affermare che lo statuto del personale o i diritti fondamentali menzionati più sopra impongano all'autorità che ha il potere di nomina di evitare che un candidato infranga un precetto religioso, se il vincolo non è stato reso noto»;

b. la libertà di espressione e di informazione¹⁷ nella sentenza *Oyowe*¹⁸. In tale sentenza, la Corte di giustizia ha affermato che «l'obbligo di fedeltà alle Comunità, imposto ai dipendenti comunitari dallo statuto, non può essere inteso in un senso contrario alla libertà d'espressione, che costituisce un diritto fondamentale di cui la Corte deve garantire il rispetto nell'ambito del diritto comunitario ed in particolare ove si tratti, come nella specie, di giornalisti la cui funzione principale è quella di esprimere il proprio pensiero in completa libertà rispetto ai punti di vista sia dei paesi ACP che delle Comunità»;

c. il rispetto della vita privata e familiare¹⁹ con le sentenze *Akrich*²⁰ e

¹⁴ Sentenza del 20 febbraio 1979 in causa n. 122/78, in *Raccolta*, 1979, p. 684.

¹⁵ Ora nell'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea richiamata dall'art. 6 del Trattato di Lisbona.

¹⁶ Sentenza del 27 ottobre 1976 in causa n. 130/75, in *Raccolta*, 1976, p. 1589.

¹⁷ Ora nell'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea richiamata dall'art. 6 del Trattato di Lisbona.

¹⁸ Sentenza del 13 dicembre 1989 in causa n. 100/88, in *Raccolta*, 1989, p. 4309. Cfr. anche sentenza del 18 giugno 1991 in causa n. 260/89, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2925.

¹⁹ Ora nell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea richiamata dall'art. 6 del Trattato di Lisbona.

²⁰ Sentenza del 23 settembre 2003 in causa n. 109/01, in *Raccolta*, 2003, I, p. 9607 e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 767.

*Carpenter*²¹ nelle quali la Corte, in entrambe, ha precisato che «l'esclusione di una persona da un paese in cui vivono i suoi congiunti può rappresentare un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare, tutelato dall'art. 8, n. 1, di tale Convenzione. Una simile ingerenza viola la CEDU [Convenzione europea dei diritti dell'uomo] a meno che essa non corrisponda ai requisiti di cui al n. 2 dello stesso articolo, cioè a meno che essa non sia "prevista dalla legge", dettata da uno o più scopi legittimi ai sensi della disposizione citata e "necessaria, in una società democratica", cioè "giustificata da un bisogno sociale imperativo» e, in particolare, proporzionata al fine legittimo perseguito"».

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia vengono richiamati, altresì, altri diritti quali: l'inviolabilità del domicilio, la protezione della riservatezza, la difesa e la tutela giurisdizionale piena ed effettiva, la protezione dei dati personali, etc.

III. Conclusioni

Una società nella quale i principi fondamentali del diritto, sopra esaminati, vengono riconosciuti dalla pubblica autorità, che li deve osservare, ed applicati dai giudici che li devono tutelare, è certamente una società nella quale la democrazia può funzionare e nella quale può essere senz'altro garantito un effettivo sviluppo sociale nell'interesse dei suoi cittadini.

Fausto Capelli

²¹ Sentenza dell'11 luglio 2002 in causa n. 60/00, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6279 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 528.

RECENSIONI

Antonio Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Collezione di Testi di Storia, Bologna, il Mulino, 2007, pp. 780, € 45,00

1. «Italiani, vi esorto alle Storie» affermava *Ugo Foscolo* nella famosa prolusione all'Università di Pavia. Ma gli italiani, oggi, badano più alle storie che alla Storia. Non restano, quindi, che i giuristi, ai quali si rivolge *Antonio Padoa Schioppa*, esortandoli alla storia del diritto europeo. E lo fa da par suo, raccogliendo, in unico volume, un percorso di studi di una vita, che, allo stesso tempo, è il percorso del diritto europeo.

2. Nel tracciare le linee di una evoluzione millenaria, che, attraverso i secoli, conduce fino a noi, occorre preliminarmente che lo storico fissi i confini del racconto.

Gli interrogativi che si pongono allo storico del diritto sono molteplici. Il primo, ovviamente, è il punto di partenza: il diritto romano. Ma il diritto romano è già un diritto unitario, comune a tutto l'Impero. La Storia del diritto europeo inizia, con un paradosso, nel momento della crisi del sistema imperiale, quando le invasioni barbariche creano il caos originario, da dove nascerà la storia d'Europa.

Il secondo prodromico interrogativo è se i sistemi giuridici europei, come li conosciamo oggi nella loro individualità e nella loro complessità, abbiano fondamenta e valori comuni. Sappiamo bene che una indagine su valori comuni non può essere a tesi. Non si può compiere una indagine cercando di dimostrare – o, se si vuole, cercando di negare – che esiste o non esiste un diritto europeo, che esiste o non esiste una storia del diritto europeo. È una indagine di valori che non può essere compiuta da un giovane studioso, valente che sia. La risposta non può che fondarsi e riposare su un giudizio di valori che coroni

una vita dedicata allo studio e all'indagine. Si tratta, in sostanza, di un lascito culturale, di una testimonianza preziosa che vale in quanto vale lo studioso che la pronuncia.

E Antonio Padoa Schioppa compie questa testimonianza di valori, e ci trasmette un lascito.

Egli scrive che «La storia del diritto in Europa è la storia di una comune civiltà, di una comune "repubblica della cultura giuridica"» (p. 9).

E ci ammonisce ricordandoci che «Le influenze reciproche e la intensa circolazione delle consuetudini, di leggi, di uomini e di libri tra le diverse regioni, incluse le Isole britanniche, sono state una costante della storia europea».

E afferma «per nessuna delle nazioni del nostro continente la storia del diritto può farsi isolatamente rispetto a quella delle altre nazioni».

Consuetudini, leggi, uomini, libri hanno vissuto e creato il diritto d'Europa.

3. Esistono costanti comuni. Esistono riferimenti culturali comuni a tutta l'Europa, senza i quali una storia europea del diritto non può essere concepita: il pensiero greco, il diritto romano, il cristianesimo.

Nei sedici secoli di storia del diritto europeo, occorre fare costante riferimento – ammonisce Antonio Padoa Schioppa – «a tre grandi filoni del patrimonio culturale del mondo antico, sempre presenti e costantemente reinterpretati nel corso dei secoli, senza i quali una storia del diritto in Europa non può essere concepita: il pensiero greco, il diritto romano, il cristianesimo».

4. L'evoluzione storica del diritto europeo è suddivisa dall'Autore in sei ere, che coincidono con le sei parti del volume. Il percorso così scandito ci conduce dal crollo dell'Impero romano, dall'età tardo antica, al diritto dell'Unione europea.

La prima parte del volume tratta dell'era più lontana da noi, che va dal quinto secolo all'alto medioevo, dal crollo dell'impero alle crociate. È in quel periodo che il diritto romano ha trasformazioni profonde e che vede la luce la grande compilazione di Giustiniano. È in quel periodo che nasce il diritto della Chiesa, che si fondano i monasteri e si diffonde il monachesimo.

Emerge il diritto dei regni germanici. Si impone il principio della personalità della legge, per distinguere il diritto dei vincitori da quello dei vinti. È il tempo della legge Salica (*Pactus Legis Salicae*). Poi il caos primordiale si ricompone nel sistema feudale di Carlo Magno.

Tra le pagine che ci fanno rivivere l'alto medioevo ve n'è una che mi ha sorpreso, e che desidero raccontare qui, a prova d'un lato dell'universalità dei problemi del vivere e dall'altro della relatività storica dei concetti.

La stampa quotidiana ha dato recentemente risalto ad un fatto, che ha indignato molti. Un *de cuius* di fede islamica proibì, per ultima volontà, la partecipazione al suo funerale di donne incinte o puerpere, perché considerate "impure". Ebbene, anche i cristiani, e non solo i mussulmani, si sono posti,

nella storia del costume, questo interrogativo. Vi racconto il caso.

Il monaco Agostino, inviato dal papa ad evangelizzare l'Inghilterra, pone a Gregorio Magno un quesito che riguarda l'applicabilità di un passo del Levitico che considerava impura la puerpera per uno spazio di diverse settimane dopo il parto. Chiede Agostino se una puerpera cristiana può entrare in Chiesa. Gregorio Magno risponde di sì, contro la lettera del Levitico, affermando che il parto non è una «colpa» (p. 33). A riprova che la conoscenza della storia ci può veramente rendere più tolleranti verso gli altri.

5. La seconda parte tratta dell'età del diritto comune classico, e quindi dei secoli XII-XV.

È l'era dei glossatori, delle Università, dei commentatori, dei professori e degli studenti. È l'era per la quale Antonio Padoa Schioppa può dire con orgoglio che la storia italiana «è in pari tempo a pieno titolo storia europea e storia mondiale» (p. 77).

Scorrono, nel capitolo, nomi familiari, che avevamo abbandonato all'oblio della nostra memoria degli studi universitari, e che ci tornano vividi nel rileggerli: Irnerio, Azzone, Accursio, Graziano.

E nascono le nostre Università, ove il professore – per dirla con Irnerio – «*studendo cepit docere*» e dove il maestro «leggeva dalla cattedra il testo del frammento», donde, appunto il termine *lezione* che ancora ci accompagna. Corsi universitari che si concludono con un «*tremendum et rigorosum examen*».

6. La terza parte tratta l'età moderna (secoli XVI-XVIII). L'Italia perde, a partire dal secondo Cinquecento, il primato che – nell'economia e nel diritto, nel pensiero e nell'arte – aveva esercitato in Europa per cinque secoli (p. 225).

È l'età dell'assolutismo, del distacco di metà dell'Europa cristiana da Roma, di Riforma e Controriforma, del Concilio di Trento e dell'Inquisizione.

Nasce la teoria della sovranità come potere assoluto, di cui il diritto cercherà faticosamente di tracciare i confini.

Il sistema europeo si estende ai domini coloniali. E nasce l'idea di ordine internazionale.

Da noi sopravvive il *mos italicus*: «*praemitto, scindo casumque figuro, perlego, do causas, connoto et obijcio*».

Nasce il diritto commerciale in senso moderno.

7. Come si vede, le prime tre parti del volume ci fanno riscoprire le radici del diritto europeo, sintetizzando, in quasi quattrocento pagine, sette secoli di storia europea. La restante metà del volume ci conduce al presente, dalle riforme del '700 al diritto del presente. Non è solo una questione di prospettiva. Quanto più ci si avvicina a noi, tanto più il tempo si accelera, le relazioni tra i popoli si fanno più intense, la cultura si fa più condivisa, le idee circolano più rapidamente.

Gli uomini e gli studiosi viaggiano più facilmente per nuove strade, le idee sono più facilmente condivise attraverso la stampa e le biblioteche. I vo-

lumi giuridici si moltiplicano, come si moltiplicano le Università e i centri di studi giuridici.

E anche qui un nuovo paradosso della storia. Quanto più il diritto è comune e le idee circolano, tanto più emergono gli adattamenti alle realtà locali, e quindi le diversità dei diritti nazionali.

8. La quarta parte è dedicata all'era delle riforme, dal 1750 al 1814. È l'età dell'illuminismo, della Rivoluzione francese, della codificazione napoleonica, delle grandi codificazioni.

Nel settecento il sistema del diritto comune si mantiene ancora in vita «con il corredo ricchissimo delle sue fonti e del suo apparato di dottrine, ma mostra segni sempre più palesi di crisi» (p. 391).

Si diffonde la convinzione che la società possa essere trasformata con l'opera organica del legislatore: si entra nell'era delle grandi codificazioni. Ci si avvicina alle nostre radici prossime, a noi più familiari.

9. La quinta parte è dedicata all'era delle nazioni e va dal Congresso di Vienna alla prima guerra mondiale (1815-1914). È il secolo della dogmatica tedesca, delle ricostruzioni sistematiche dell'ordinamento giuridico. È il secolo dello Stato nazione, del nazionalismo, ma anche delle grandi convenzioni internazionali.

Ed è anche, tutto sommato, nella prospettiva del poi, un secolo di pace, ove il diritto si affanna ad inseguire il progresso sociale e tecnologico. È la genesi della legislazione previdenziale, del diritto del lavoro, dell'estensione dei compiti dello Stato all'istruzione e alla sanità.

Naturalmente, in questa parte, sono trattate le legislazioni preunitarie italiane, nel quadro delle legislazioni europee. È stato di particolare interesse per me veder tratteggiate le figure dei grandi giuristi italiani dell'800: Giandomenico Romagnosi, Giovanni Carmignani, Francesco Forti, Francesco Carrara, Piero Capei, Cesare Parodi, Emidio Cesarini, Giuseppe Giuliani, Nicola Rocco, Emerico Amari, Pasquale Stanislao Mancini, Nicola Nicolini. Nomi di giuristi, alcuni noti, altri scoperti leggendo il volume.

E poi, con riferimento alla dottrina giuridica di fine '800 e del nuovo secolo Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano, Federico Cammeo, Oreste Ranelletti, Cesare Lombroso, Vincenzo Manzini, Vittorio Scialoja, Carlo Fadda, Paolo Emilio Bensa, Giacomo Venezian, Lodovico Mortara, Giuseppe Chiovenda, Piero Bonfante, Antonio Pertile. Per ciascuno di questi maestri del diritto Antonio Padoa Schioppa traccia un profilo, segnalandone la personalità e le opere, nel quadro dell'evoluzione storica del pensiero giuridico.

Ho ricordato qui nomi di giuristi italiani, che, noti al lettore italiano, possono suscitare memoria e curiosità. Ma i profili di giuristi ricordati e tracciati da Antonio Padoa Schioppa riguardano l'intera cultura giuridica europea.

10. Siamo giunti, con la sesta ed ultima parte, ai giorni nostri, che ci porta al diritto dell'Unione europea e oltre, al senso di una speranza di diritto globale.

Sono delineati, in queste pagine, gli ordinamenti giuridici degli Stati moderni, attraverso la ricostruzione del pensiero giuridico di ciascheduno di essi.

Qui lo sforzo ricostruttivo si fa più complesso e, allo stesso tempo, più sintetico, perché occorre tener conto del presente, e dei giuristi del presente.

Ma restano le pagine che rivendicano al diritto un ruolo fondamentale per la creazione di quella che è oggi l'Unione europea. Scrive Antonio Padoa Schioppa che nella seconda metà del Novecento, dopo gli orrori della guerra, e contemporaneamente al tramonto del ruolo egemonico degli Stati europei nella politica mondiale, «si è sviluppato in Europa un processo di unione economica e politica che costituisce l'elemento più significativo della storia recente del nostro continente. Questo processo, che è tuttora in corso, si è realizzato in larga misura con gli strumenti del diritto» (p. 659).

11. Naturalmente ciascun lettore può trarre, giunto alla fine del volume, il senso che vuole. Qualcuno può trovare nelle pagine il risultato di una indagine attenta. Altri possono appagarsi dell'abilità di sintesi nella completezza dei riferimenti. Altri ancora compiacersi del piacere di aver letto una elegante storia compiuta. Altri ancora possono conservare il volume per consultarlo ogni volta che la curiosità lo spinga a trovare riferimenti sul quadro giuridico di un Paese in un determinato periodo storico, o si interroghi sull'origine di questo o quell'istituto giuridico.

A chi scrive, la lettura del volume sembra dare il senso all'evoluzione storica del diritto. Tutto ha un senso. È come se il diritto, attraverso i secoli, tendesse pazientemente e faticosamente ad una meta. L'evoluzione del diritto d'Europa ha creato il diritto dell'Unione europea. Un frutto allo stesso tempo miracoloso e prestabilito.

Miracoloso, perché sembra un miracolo che l'Europa, dopo secoli di guerre e conflitti, e, soprattutto, dopo la barbarie della seconda guerra mondiale, sia riuscita a creare un «modello di integrazione pacifica e condivisa realizzato con i trattati e con le armi del diritto, sulla base della sussidiarietà, della tutela della diversità, della concorrenza e della solidarietà» (p. 681).

Prestabilito ed inevitabile, perché Antonio Padoa Schioppa ci dimostra come, pur nella diversità e nella evoluzione storica, l'Europa, nonostante guerre e conflitti, abbia pazientemente coltivato ed elaborato, attraverso i secoli, l'elemento unificatore del diritto.

12. Certo, chi vive, come noi viviamo, la quotidianità del diritto comunitario può mostrare insofferenza per questa o quella direttiva, per questo o quel regolamento. Può indispettersi per questa o quella decisione della Corte di giustizia. Ed è diventato di moda lamentarsi dei "burocrati di Bruxelles" ed imputare all'Europa alcune difficoltà del nostro vivere. Ma criticiamo e brontoliamo da cittadini europei, consapevoli dei nostri diritti e consci e sicuri del nostro diritto comune.

E ci lamentiamo anche degli oneri che l'allargamento ad Est dei confini

della nostra Unione ci fa sopportare. E non riflettiamo che l'allargamento è, esso stesso, un miracolo, che porta i confini dell'Europa del diritto vicino ai confini dell'Europa geografica.

E se c'è chi crede che il tempo presente abbia determinato la fine della storia, si può dire con convinzione che Antonio Padoa Schioppa ci ha dimostrato che la storia del diritto non ha fine e ci conduce, con ottimismo, al futuro.

Vincenzo Franceschelli*

Massimo Panebianco, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, pp. V-485, € 41,25

Da tempo nella pregevole filiera dei manuali italiani di diritto internazionale sono offerti al lettore strumenti didattici di alta qualità suscettibili di reggere un confronto valido per contenuti e metodi rispetto alla manualistica di altri Paesi. In tale contesto si inserisce l'opera qui recensita, la quale consapevolmente ritiene di dover assumere una posizione neutrale nella ricostruzione dell'ordinamento internazionale sia pur privilegiando il punto di vista per così dire "istituzionale" in quanto riferito all'atteggiamento delle istituzioni internazionali, nazionali e di integrazione comunitaria. Ciò si evince sin dal titolo che esprime un atto di fiducia nella Comunità internazionale dei soggetti pubblici statuali, individuali e collettivi o ad essi equiparati.

Trattasi di un manuale classico o manuale di cattedra ad Autore unico che, già dalla sua introduzione (pp. V-X), si preoccupa di illustrare tradizione e futuro dei manuali del settore secondo le principali Scuole internazionalistiche del Novecento italiane e non. La sua tripartizione in sistema, struttura e funzioni dell'ordine giuridico internazionale (ordinamento, Comunità e relazioni internazionali) consente, infatti, allo stesso di recuperare le grandi dimensioni giuridico-culturali del secolo scorso, concernenti l'ordinamento della Comunità internazionale organizzata ed integrata come spazio giuridico pubblico complessivo. Esso recupera la dimensione ordinamentale della Comunità internazionale e delle relazioni che in essa si svolgono sia pur in una prospettiva assiologica di valori fondamentali in quanto comuni o condivisi; ciò in analogia alla rilettura kelseniana effettuata ad opera della dottrina anglo-americana di fine '900 di John Rawls (*A Theory of Justice* del 1971, tradotto in italiano, edizione Feltrinelli nel 1982), di Herbert Hart e di Ian Brownlie che intitola la sua opera, ormai giunta alla 6ª edizione, *Principles of Public International Law*.

* Ordinario di Diritto Privato / Università degli Studi di Milano - Bicocca.

Tale impostazione risulta in modo evidente anche dalla sistematica dell'opera la cui Parte Prima, intitolata Ordinamento internazionale, si apre con i Valori fondamentali (capitolo primo, pp. 3-18) da intendersi non come valori imposti, in quanto il diritto internazionale «(...) è dotato di una sua tavola di principi, tradizioni e valori giuridici condivisi come regole del vivere comune (...)» e rileva quale «ordinamento uno, unico ed universale», proprio perché diretto a «(...) conservare e sviluppare l'insieme della più grande comunità politica intorno a delle finalità riconosciute come essenziali (*bonum commune gentium*)» (p. 3). Pertanto, la Parte Prima riduce chiaramente la c.d. globalizzazione al più generale e noto fenomeno del diritto pubblico universale, europeo ed internazionale, cogliendone l'impatto sul diritto interno dei vari rami del diritto pubblico a valenza internazionale. Così come si riaggancia alle origini di tale settore disciplinare, allorché, alla fine del 1700 ed agli inizi del 1800, l'antica denominazione di diritto delle genti fu sostituita dall'altra attualmente vigente, a partire dalla tradizione internazionalistica italiana, in modo particolare, di Giambattista Vico, di Gian Domenico Romagnosi, nonché di Pasquale Stanislao Mancini, di Terenzio Mamiani e di Augusto Pierantoni, fino agli Autori del secolo scorso, sempre attenti all'analisi del fenomeno internazionale come "interno-esterno" rispetto alla vita statale.

Siffatta costruzione di un sistema di valori comuni e condivisi trova conferma, ma in alcune circostanze anche "smentite", in quelle che possono essere considerate le tre direttrici del manuale qui recensito, ossia il bipolarismo tra centralismo e decentramento nell'esercizio delle funzioni internazionali e ruolo per così dire "decentrato" degli ordinamenti particolari organizzati, la specularità tra diritto internazionale pubblico e diritto pubblico internazionale, il diritto internazionale dei privati o c.d. diritto internazionale transnazionale. Nell'ottica dei valori fondamentali, infatti, la presentazione dell'ordinamento come uno, unico ed universale apre la strada ad una prospettiva *multilevel* tra diritto universale accentrato e decentrato in ordinamenti minori o particolari, come quadro di riferimento dell'azione internazionale interstatale e statale. L'ordinamento internazionale è, come evidenzia l'A., insieme diritto della Comunità internazionale, ma anche delle sue forme di organizzazione ed integrazione: è in queste tre dimensioni che si svolgono le relazioni tra gli Stati e degli Stati con i loro cittadini.

Rileva, pertanto, accanto ad una costruzione unica o monistica dell'ordinamento internazionale di matrice universalistica, una forte segmentazione della Comunità internazionale contemporanea per effetto della presenza di ordinamenti parziali e decentrati espressioni del pluralismo e della diversità della sua base sociale. Anzi, e riprendo ancora espressioni dell'A., proprio «la statualità in una società di Stati indipendenti ed uguali è un valore essenziale da proteggere e tutelare». Ciò consente di includere il diritto delle organizzazioni internazionali ed il diritto internazionale dell'integrazione, europea e

non, come parti indispensabili e distinte dell'ordinamento internazionale universale nella costruzione di valori comuni.

È proprio lo Stato singolo suscettibile di operare mediante il suo diritto statale in materia internazionale, comunitaria e di integrazione. Sempre più ampio è, infatti, il coinvolgimento del diritto interno regolatore dell'attività pubblica dello Stato nei confronti degli altri Stati, tanto da definirsi come diritto statale in materia internazionale o diritto statale esterno comprensivo dei più vari settori del diritto costituzionale, penale e processuale penale, amministrativo, finanziario, commerciale, tributario, ecc. Ciò fino a quello che l'A. definisce come diritto interno in materia comunitaria o diritto comunitario interno in quanto adottato in attuazione degli obblighi comunitari e unionistici.

Sempre nell'ottica universale, lo spazio dedicato ai problemi della globalizzazione consente di esaminare il c.d. diritto internazionale dei privati "destatualizzato" e "comunitarizzato" come diritto transnazionale. Ciò perché gli Stati come tali e le organizzazioni internazionali riconoscono un ruolo di primaria importanza al c.d. auto-ordinamento dei soggetti pubblici e privati (partiti, sindacati, imprese, confessioni religiose, autorità locali, organizzazioni non governative, ecc.). In questo senso, l'A. li presenta nella veste di operatori di relazioni internazionali nel quadro legislativo, amministrativo e giurisdizionale comune per la tutela di valori condivisi di vita comunitaria internazionale.

Della visione ordinamentale, l'A. recupera, altresì, i due grandi profili normativistico-istituzionale, secondo i noti orientamenti introdotti dalla dottrina kelseniana e da quella italiana facente capo a Santi Romano. Il capitolo secondo (pp. 19-35) è, infatti, dedicato, alla costituzione dell'ordinamento internazionale intesa come struttura normativa, come insieme di regole, istituzioni e prassi. Le regole, quali formazione-attuazione di norme, lasciano largo spazio agli operatori dei vari livelli internazionali e statali. È proprio dell'ordinamento internazionale il ruolo significativo attribuito all'*opinio iuris* e l'attualità di tale ruolo viene sottolineata mediante l'attività degli *opinion leader* e dei *legal advisor*, operanti nelle varie strutture governative, parlamentari e giurisdizionali.

Particolarmente ampia e diffusa è, inoltre, la trattazione del ruolo riservato alle istituzioni cui sono dedicati ben tre capitoli della Parte Prima (capitoli terzo, pp. 37-58, quarto, pp. 59-82 e quinto, pp. 83-93). Essi concernono le istituzioni internazionali universali, dall'età classica di Westphalia fino a quella moderna e contemporanea, interna ed esterna al sistema ONU. Così come ugualmente ampia è la trattazione delle istituzioni internazionali regionali nella forma di organizzazioni e pseudo-organizzazioni, sia europee, sia extra-europee (incluso un interessante capitolo sulle istituzioni internazionali ecclesiastiche, p. 83 ss.).

La Parte Seconda si occupa del diritto della Comunità internazionale attuale. Essa analizza con attenzione le innovazioni prodotte dall'allargamento del numero delle fonti, dei soggetti statuali, delle organizzazioni internazionali. La

stessa si occupa anche delle operazioni di pace delle Nazioni Unite e dei diversi modi di uso della forza come sanzione per il rispetto delle norme internazionali.

Tre, infatti, sono i capitoli dedicati ai classici *topic* dei soggetti, delle fonti e delle organizzazioni internazionali (capitolo sesto, pp. 97-143, capitolo settimo, pp. 145-166, capitolo ottavo, pp. 167-202), in relazione ai quali l'A. resiste al tentativo di "de-soggettivizzare" la dottrina del diritto internazionale con degradazione del ruolo degli Stati, singoli ed associati, a meri produttori ed esecutori di norme. Conseguentemente, il capitolo nono (pp. 203-263) risulta riservato all'ONU ed Organizzazioni collegate, come espressione del governo politico-economico della Comunità internazionale organizzata. Viceversa, il sistema extra-ONU è oggetto del capitolo decimo (pp. 265-289) sugli usi collettivi e minori della forza con particolare riferimento alla prassi internazionale del *post* 1989 nei grandi teatri dei conflitti armati internazionali (Balcani, Medio Oriente ed Asia Centrale).

Nella terza ed ultima parte, l'A. si occupa dell'esercizio delle funzioni internazionali connesse ai tre grandi fenomeni: della personalizzazione dei soggetti internazionali legati da un regime reciproco di diritti, doveri e responsabilità; della integrazione economica internazionale nelle forme regolate dal diritto internazionale economico e dalla integrazione comunitaria europea e non; dell'esame dei grandi spazi giuridici in cui si svolge la comunicazione internazionale (terrestri, marittimi, aerei e collegata tutela dell'ambiente contro l'inquinamento e le alterazioni del ciclo di smaltimento dei rifiuti industriali e non). Più specificatamente, la Parte Terza risulta dedicata al «diritto delle relazioni internazionali». Il capitolo undicesimo (pp. 293-338) si concentra, infatti, sui profili generali della personalità e della responsabilità internazionale, intesa come contenitore o "mezzo di dosaggio" della somma dei diritti e dei doveri imputabili ai singoli soggetti (Stati, individui, ecc.); mentre il diritto internazionale dell'economia è oggetto di specifica trattazione nel capitolo dodicesimo (pp. 339-362) come spazio privilegiato delle relazioni economiche, finalizzate alla disciplina della produzione e dello scambio di beni e servizi ed alla circolazione internazionale delle persone e dei capitali.

Sempre nel quadro dei rapporti di vita giuridica internazionale, l'A. evidenzia il particolare ruolo dell'integrazione internazionale (capitolo tredicesimo, pp. 363-386), intesa come fenomeno di progressiva internazionalizzazione di funzioni statali nell'ambito di strutture su base convenzionale o di mera prassi internazionale (c.d. *soft law*). Ne consegue un'interessante configurazione dei fenomeni di integrazione internazionale, sia pubblica, sia privata, attraverso l'esame dei relativi meccanismi maggiormente affermatasi negli ultimi decenni del secolo scorso (G8, NAFTA-APEC, ASEAN-SACU-MERCOSUR). Così come di notevole interesse risulta il capitolo dedicato all'integrazione europea (capitolo quattordicesimo, pp. 387-418) come filiera continua o "multi-filiera" di trattati di Organizzazione, di Comunità e, infine,

di Unione europea (Trattato di Lisbona, 13 dicembre 2007).

A conclusione del lavoro, l'A. dedica il capitolo quindicesimo (pp. 419-459), appunto, ai grandi spazi della comunicazione. L'obiettivo è quello di restituire alla stessa dignità di parte fondamentale delle relazioni internazionali. L'A., pertanto, resiste alla tentazione "neo-kelseniana" di trattare tali spazi classici come parte del contenuto delle norme, mentre, viceversa, ne sottolinea il ruolo nello spazio pubblico internazionale (territorio, funzione pubblica, mare e spazio aereo ed extra-atmosferico, Antartide ed ambiente).

Si segnala, infine, l'accurata ed ampia utilizzazione delle fonti normative internazionali ed interne (pp. XXIII-XXXIV). Il lettore troverà un dettagliato indice dei settori di diritto interno come effetto dell'impatto sulla legislazione interna di quella comunitario-unionistico-europea e più ampiamente internazionale. Attraverso la via del diritto prodotto da convenzioni di diritto uniforme e da direttive comunitarie di ravvicinamento e di armonizzazione legislativa si verificano anche i risultati prodotti sul diritto privato interno (c.d. codici di settore).

Analogamente si evidenziano gli indici bibliografici e gli indici delle fonti normative internazionali ed europee collegate con le leggi italiane di attuazione ed esecuzione. Così come particolarmente utili per una migliore comprensione e consultazione del volume risultano le didascalie a margine, la scheda didattica e l'indice analitico-alfabetico. Si segnala, altresì, la scelta di corredare il libro di un breve *summary* di sintesi dell'intero volume.

Complessivamente si ricava l'impressione di una trattazione sistematica particolarmente ampia e completa (quindici capitoli suddivisi in tre parti) che si distacca dalle tendenze politologiche e normativistiche e reintroduce una prospettiva assiologica di forte attualità legata ai valori e al comportamento dei soggetti nella loro relazionalità. La scelta delle partizioni appare particolarmente felice senza forzature di tipo teorico o dottrinale. Nel complesso come dice l'A., un bilancio della dottrina di inizio secolo offerto agli studiosi ed agli studenti, che dedicano la loro riflessione a questo ordinamento così vivo ed attuale per la comprensione del mondo contemporaneo.

Teresa Russo**

Franco Bassanini - Giulia Tiberi (a cura di), *Le nuove Istituzioni europee, Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 5-508, € 27,00

Della nota collana ASTRID (acronimo di «Associazione per gli Studi e le Ricerche sulla Riforma delle Istituzioni Democratiche e sull'innovazione nel-

** Ricercatore di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno.

le amministrazioni») fa parte questo nuovo volume che, sotto il coordinamento di due noti costituzionalisti, raccoglie i contributi di un nutrito gruppo (ventotto) di studiosi, diplomatici e docenti universitari, i quali hanno elaborato in tempo reale un prezioso commentario al testo del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007. Com'è noto, il ruolo dei commentaristi può essere utilmente ricoperto da studiosi appartenenti a vari raggruppamenti disciplinari, secondo le tradizionali famiglie accademiche dei costituzionalisti, internazionalisti e comunitaristi. Appartengono alla prima categoria non solo i due coordinatori, ma, insieme ad essi, la gran parte dei collaboratori dell'opera qui recensita, inclini ad inquadrare un "processo costituzionale" ormai in corso da oltre un decennio, fin dall'epoca della Convenzione di Laeken e poi, giù giù, fino al Trattato costituzionale di Roma ed al successivo Trattato di Lisbona. Tale impostazione metodologica non presuppone l'esistenza di un'unione costituzionale in senso proprio, dotata di un territorio, un popolo ed una sovranità, ritenendosi, viceversa, elementi essenziali del processo costituzionale in atto la pluralità di territori e di popoli, nonché una sovranità condivisa. Ovviamente, tale impianto rappresenta per il mondo dei costituzionalisti italiani una sincera emancipazione rispetto al testo di una Costituzione una ed unica, utilizzata, fino a tempi recenti, come campo proprio di azione degli studiosi vincolati alla Costituzione italiana vigente. Chiaramente, si tratta del risultato di un lungo percorso di elaborazione intellettuale, grazie alla quale si riconosce l'esistenza di una "casa comune" a tutti gli appartenenti al summenzionato settore.

A fronte di tale impostazione non mancano ovviamente prospettive teoriche egualmente valide, proprie dell'altro raggruppamento degli internazionalisti, anch'essi rappresentati nel volume. Questi ultimi si sono collaudati da tempo nello studio del diritto internazionale dell'integrazione e ad essi compete il ruolo non già di alimentare un banale euro-scetticismo, quanto di dimostrare come l'allargamento del numero e della tipologia delle fonti, dei soggetti e dei "tipi" di organizzazione possa condurre ad un costituzionalismo "elastico" e "flessibile". Naturalmente, tutto ciò in ordine alla valutazione del processo di Unione europea nella sua fase attuale. Ulteriore tendenza, anch'essa rappresentata nel volume, si rinviene nel ruolo ugualmente riconosciuto agli studiosi del fenomeno comunitario-unionistico, già da tempo impegnati sul fronte dei commentari e repertori ai Trattati vigenti. L'avvenuta collocazione di questi ultimi in un *tertium genus*, né costituzionalistico né internazionalistico, ha subito ovviamente le necessarie interferenze ed è stata sottoposta a pressanti confronti da parte di altri studiosi del settore. È questo il quadro teorico generale all'interno del quale si colloca la meritoria opera qui segnalata al pubblico dei lettori.

Il volume in esame si apre con una preliminare introduzione a cura di F. Bassanini (Roma - La Sapienza) e G. Tiberi (Como - Insubria), per poi articolarsi come segue. La prima parte (pp. 31-406) è ripartita in complessivi venti capitoli. Segnatamente e nell'ordine in cui sono presentati, essi concernono il

Trattato di Lisbona, la Convenzione del 2003 e la Conferenza intergovernativa del 2007 (tematiche queste esposte da F. Clementi - Perugia), l'architettura del summenzionato Trattato (di cui si occupa G. L. Tosato - La Sapienza), il suo preambolo, gli obiettivi ed i valori dallo stesso perseguiti (materia curata da C. Pinelli - La Sapienza), l'identità europea fra eredità e progetto (di N. Verola - Farnesina) e i diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione (a cura di M. Cartabia - Milano - Bicocca). Passando ad analisi più settoriali seguono vari contributi, tra cui quelli dedicati alla politica sociale (a cura di G. Bronzini - Magistrato), ai principi democratici (trattati da C. Pinelli), alle competenze unionistiche ed al principio di sussidiarietà (oggetto di approfondimento da parte di F. Pizzetti - Torino e G. Tiberi). Vengono, sempre in questa prima parte, trattate ulteriori rilevanti tematiche, quali quella relativa al ruolo dei Parlamenti nazionali (dei quali L. Gianniti - Senato - ed R. Mastroianni - Napoli - Federico II - sottolineano l'accresciuta competenza ed importanza) ed ancora quelle inerenti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (oggetto dell'analisi di F. Clementi), la politica estera e di sicurezza dell'Unione (presentata da R. A. Cangelosi - Ambasciatore e N. Verola), le istituzioni europee (di cui si occupano L. Carbone - Consigliere di Stato, L. Cozzolino - Macerata, L. Gianniti e C. Pinelli), la politica economica ed il governo della moneta (affrontata da G. P. Manzella - funzionario Banca europea per gli investimenti), l'integrazione differenziata e le cooperazioni rafforzate (a cura di G. Tiberi). Completano, infine, la prima parte la trattazione concernente gli atti dell'Unione (di cui sono coautori F. Barazzoni - Presidenza Consiglio dei Ministri e V. Cerulli Irelli) e le altre rispettivamente dedicate alla *soft law* (parte questa curata da G. De Minico - Napoli - Federico II), al bilancio dell'Unione (a cura di M. Carabba - Direttore CER, Presidente onorario Corte dei Conti), alla giurisdizione (illustrata da M. P. Chiti - Firenze), all'ammissione di nuovi Stati ed al recesso dall'Unione (G. Busia - Segretario Conferenza Stato - Regioni) ed ai rapporti tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento interno (Cerulli Irelli).

Per quanto concerne la seconda parte (pp. 409-495), va detto che la stessa reca le opinioni a confronto a cura di otto studiosi inerenti la natura ed il futuro del Trattato di Lisbona. Fra essi Giuliano Amato - Vice Presidente della Convenzione europea del 2003-2004 (*Il Trattato di Lisbona e le prospettive per l'Europa del XXI secolo*), P. V. Dastoli - Direttore Rappresentanza Commissione europea in Italia (*Che fare dopo il 2009*), F. Frattini - Ministro Affari Esteri (*Il futuro dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*), A. Manzella - Roma - Luiss (*Un Trattato necessitato*), Stefano Micossi - Bruges, Dipartimento di Economia Collegio d'Europa (*Un nuovo equilibrio destinato a durare*), W. Schauble - Ministro dell'Interno della Repubblica federale tedesca (*Il Trattato di Lisbona espressione dell'identità culturale dell'Europa*), G. L. Tosato (*Il Trattato di Lisbona: una riforma completata?*) e J. Ziller - Pavia (*Il nuovo Trattato europeo: un viaggio a Lilliput?*). Corredano, infine, l'opera una serie di in-

dici, tra cui quello paragrafato (pp. 499-508), rispondente ad esigenze di chiarezza e di completezza. Quest'ultimo, segnatamente, analizza in modo assai particolareggiato le varie problematiche affrontate nell'opera qui recensita, con la citazione selettiva delle diverse argomentazioni trattate. Ne risulta così un quadro coerente ed omogeneo tra le due parti generali del volume. Quest'ultimo presenta pertanto con un approccio diretto e di facile apprendimento vari aspetti correlati al Trattato di riforma ed al modello europeo in generale.

In tale contesto di contributi individuali, di spiccato valore scientifico, emergono le prospettive generali contenute nell'introduzione (pp. 9-28), nel "finale" saggio (pp. 409-414) e nelle conclusioni (pp. 489-494). Ne risultano ben evidenti le proiezioni future del "processo costituzionale" in corso, che ha coinvolto responsabilità politiche ed istituzionali, governative e diplomatiche durante il triplice periodo delle fasi successive in cui si è svolto e niente lascia immaginare che altre fasi, in sede di ratifiche e di correlate attività referendarie, non possano comportare ulteriori adattamenti ed aggiustamenti. Tanto vale, soprattutto, per la parte di responsabilità italiana, dove la legge di ratifica n. 130 del 2 agosto 2008 (in *suppl. ord.* alla *Guri* dell'8 agosto 2008) già si accompagna ad una serie di mozioni parlamentari impegnative del Governo in ordine alla futura interpretazione ed applicazione del Trattato di Lisbona. Non solo, in quanto al testo del Trattato è collegato quello "ben noto" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, di cui si è disposta una parallela pubblicazione ad uso interno in *Gazzetta Ufficiale*, aggiuntiva rispetto a quella di origine comunitaria. Cosicché negli sviluppi immediati dell'Unione europea sotto il profilo struttural-funzionale, la prospettiva politica appare non meno importante di quella giuridico-normativa in senso stretto. Pertanto, bisogna salutare con estremo favore ed esprimere plauso alla benemerita iniziativa e a quante altre verranno da parte degli studiosi nella logica del primo commento e del primo impatto sull'ordinamento costituzionale italiano.

Massimo Panebianco***

*** Ordinario 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*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

LUIGI DANIELE, *Ordinario di Diritto dell'Unione europea / Università di Roma "Tor Vergata"*

CLAUDIO DI TURI, *Ricercatore di Diritto Internazionale presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università degli Studi della Calabria*

VINCENZO FRANCESCHELLI, *Ordinario di Diritto Privato / Università degli Studi di Milano-Bicocca*

MIRIAM IMMEDIATO, *Cultore di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno*

GIUSEPPE LICASTRO, *Dottore in giurisprudenza - Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria*

MARCO LOMBARDO, *Dottorando in Diritto dell'Unione europea / Università di Bologna*

CIRO MANZOLILLO, *Assegnista di ricerca in Diritto Internazionale presso il Dipartimento di Diritto Pubblico Generale e di Teoria delle Istituzioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Salerno*

ANTONIO NATALI, *Dottore di ricerca in Rapporti giuridici tra principi comunitari, costituzionali ed internazionalizzazione del mercato / Università degli Studi di Salerno*

MASSIMO PANEBIANCO, *Ordinario di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno*

PATRIZIA QUAIA, *Avvocato in Milano*

RENZO ROSSOLINI, *Professore associato di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Parma*

TERESA RUSSO, *Ricercatore di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno*

FABRIZIO VISMARA, *Professore associato di Diritto Internazionale / Università degli Studi dell'Insubria*

ARTICOLI

LA FUNZIONE LEGISLATIVA ED ESECUTIVA DELL'UNIONE EUROPEA NEL TRATTATO DI LISBONA

Sommario: *Premessa - 1. La funzione legislativa: gli atti legislativi dell'UE - 2. Le procedure per l'adozione degli atti legislativi - a. Il potere di iniziativa - b. La procedura legislativa ordinaria - c. Le procedure legislative speciali - 3. La funzione esecutiva - a. Gli atti normativi delegati - b. Gli atti di esecuzione.*

Premessa

Il Trattato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007¹ modifica il Trattato sull'Unione europea (qui di seguito «TUE») e il Trattato che istituisce la Comunità europea, il quale ultimo assume anche il nuovo nome di Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (qui di seguito «TFUE»). I nuovi Trattati, cui nel presente lavoro ci riferiremo quando useremo il termine «Trattati», tra le varie innovazioni rispetto ai testi precedenti, modificano profondamente le norme relative alla funzione legislativa e alla funzione esecutiva nell'ambito dell'UE, riformulando procedure esistenti ed introducendo nuove procedure.

¹ Sul Trattato di Lisbona, con cenni relativi al tema di questo lavoro, v. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, Il Mulino, 2007; R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 21 ss.; M. FRAGOLA, *Osservazioni sul Trattato di Lisbona tra Costituzione europea e processo di "decostituzionalizzazione"*, in questa Rivista, 2008, p. 205 ss.; M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: Winnings Minds Not Hearts*, *CMLR*, 2008, p. 617 ss.; Y. DEVUYST, *The European Institutional Balance After the Treaty of Lisbon: "Community Method" and "Democratic Method" Reassessed*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2008, p. 247 ss.; A. SANTINI, *Non basta un nuovo Trattato per rilanciare l'Europa*, in *Vita e Pensiero*, 1/2008, p. 32 ss.; F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2008. Cfr. pure il numero speciale di febbraio 2008 della rivista *Sud in Europa*, dedicato alla riforma di Lisbona.

Le innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona relativamente alla funzione legislativa ed esecutiva erano già in parte contenute nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004 e successivamente abbandonato. Negli intendimenti dei redattori dei Trattati tali innovazioni avrebbero dovuto costituire la risposta all'esigenza di rendere più efficiente il processo decisionale dell'UE, esigenza che si era fatta sempre più pressante a partire dal Trattato di Nizza.

Nell'esposizione che seguirà procederemo all'esame di tutte le norme del Trattato di Lisbona relative alla funzione legislativa e a quella esecutiva nell'ambito dell'UE, senza limitarci a quelle di nuova istituzione e senza distinguere tra quelle già contenute nel Trattato sulla Costituzione per l'Europa e quelle che non lo erano. In altre parole, non ci porremo in un'ottica comparativa, ma nell'ottica di chi si accosta alle problematiche concernenti tali funzioni esclusivamente sulla base del testo del Trattato di Lisbona. Limiteremo, quindi, al minimo i riferimenti relativi all'evoluzione storica di tali norme a seguito delle varie revisioni dei Trattati che si sono succedute, incluso il testo di Nizza attualmente in vigore, evoluzione che, per ragioni di brevità, viene data per acquisita.

1. La funzione legislativa: gli atti legislativi dell'UE

Anche se l'UE non è strutturata secondo il principio della separazione dei poteri, sono tuttavia identificabili nella sua attività le tradizionali funzioni (legislativa, esecutiva, di controllo e giurisdizionale), le quali, però, vengono quasi sempre esercitate attraverso procedure che prevedono l'intervento congiunto di più organi, dando così vita ad atti complessi. In questo lavoro ci occuperemo solo della funzione legislativa e di quella esecutiva.

La funzione legislativa negli ordinamenti statali è generalmente concepita come quella che presiede all'emanazione di norme generali e vincolanti. Nello stesso senso la aveva intesa, quando ancora i Trattati non davano una definizione di atto legislativo dell'UE e con riferimento a regolamenti e direttive, la Corte di giustizia nella sentenza del 17 dicembre 1970 in causa n. 25/70, *Köster*, per distinguerla dalla funzione, affidata alla Commissione, di emanazione delle misure di attuazione ed esecutive dei provvedimenti legislativi.

Secondo il testo di Lisbona, invece, un atto dell'UE è definito come legislativo non sulla base del suo contenuto e della sua portata, ma sulla base della procedura adottata per la sua emanazione. L'art. 289, n. 3, TFUE dispone, infatti, (con definizione che alcuni hanno chiamato "circolare") che «gli atti adottati mediante procedura legislativa sono atti legislativi». È, insomma, la base giuridica prevista dalle singole norme dei Trattati a definire la natura legislativa o meno dell'atto. La conseguenza è che, dato che con la procedura

legislativa possono essere adottati, come vedremo, provvedimenti a portata generale, come regolamenti e direttive, ma anche decisioni, queste ultime, che negli ordinamenti interni non sarebbero mai qualificate come atti legislativi, lo sono, invece, nel diritto dell'UE, se adottate con la procedura legislativa. Questo significa che sarebbe vano applicare alla nozione di atto legislativo nell'UE i criteri generalmente adottati negli ordinamenti interni, in quanto il diritto dell'UE ha scelto di utilizzare una nozione *sui generis* di atto legislativo. L'interprete ne deve prendere atto e astenersi dal ricercare paralleli con la nozione di atto legislativo generalmente utilizzata a livello statale.

Ai sensi degli artt. 14, n. 1 e 16, n. 1, TUE, la funzione legislativa è esercitata congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio. Tale esercizio può avvenire secondo una procedura legislativa ordinaria, nel quadro della quale il Consiglio, in genere, decide a maggioranza qualificata, o secondo tutta una serie di procedure legislative speciali, che spesso prevedono decisioni all'unanimità da parte del Consiglio, con una partecipazione a vario titolo del Parlamento europeo e di altri organi. La Commissione, invece, non ha il potere di emanare atti normativi se non in sede di attuazione ed esecuzione di un atto legislativo e su apposita delega contenuta in tale atto, come vedremo in seguito. Un'eccezione riguarda il potere della Commissione di stabilire regolamenti relativi alle condizioni alle quali i lavoratori possono restare sul territorio di uno Stato membro, dopo avervi occupato un impiego (art. 45, n. 3, lett. d., TFUE).

Alcune osservazioni di natura generale si impongono prima di dar conto nei dettagli delle procedure legislative. Va anzitutto detto che nessuna di esse vale a definire una tipologia legislativa unitaria, né è ravvisabile un rapporto di regola ed eccezione tra le stesse. Occorre fare riferimento alle singole norme dei Trattati per conoscere quali sono gli organi coinvolti di volta in volta nei singoli atti definiti come legislativi.

In secondo luogo, nonostante siano previste diverse "passerelle" volte ad agevolare il passaggio dalle procedure legislative speciali a quella ordinaria, le condizioni stabilite per l'attuazione delle relative clausole rendono difficile ipotizzare un ampio ricorso ad esse. In via generale, sulla base dell'art. 48, n. 7, comma 2, TUE, il passaggio da una procedura legislativa speciale alla procedura legislativa ordinaria, può avvenire secondo una procedura di revisione semplificata dei Trattati. Accanto a tale clausola "orizzontale", inoltre, vi sono casi di "passerelle settoriali", intese ad agevolare il passaggio alla procedura legislativa ordinaria in determinate materie (artt. 81, n. 3, 153, n. 2, e 192, n. 2, TFUE). Specifiche "passerelle" sono predisposte anche nel quadro delle cooperazioni rafforzate (art. 333, n. 2, TFUE). Per dare attuazione a tali clausole occorre sempre, però, l'accordo unanime degli Stati membri, espresso a seconda dei casi in seno al Consiglio europeo oppure al Consiglio; inoltre, nel caso della procedura di revisione semplificata, ma anche in quello della "pas-

serella" concernente l'adozione di misure relative al diritto di famiglia nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile (art. 81, n. 3, comma, 3, TFUE), è sufficiente l'opposizione di un solo Parlamento nazionale per impedire tali sviluppi. Tenuto conto di questi requisiti, è difficile ipotizzare un ampio ricorso alle accennate clausole, perlomeno nel prossimo futuro.

Si noti anche che, laddove non sia disposto il ricorso a procedure legislative, i processi decisionali previsti nelle singole basi giuridiche possono comunque richiedere la consultazione obbligatoria o la previa approvazione del Parlamento europeo, ma possono anche escludere tale istituzione. Quest'ultima ipotesi si verifica, in particolare, nel quadro della politica estera e di sicurezza comune (ivi inclusa la politica di sicurezza e di difesa comune), ove è esclusa l'adozione di atti legislativi (v. artt. 24, n. 2, e 31, n. 1, TUE) dato il metodo intergovernativo che caratterizza l'attività dell'UE in tale settore. Al Parlamento europeo è riconosciuto solamente il diritto di essere consultato regolarmente dall'Alto rappresentante sui principali aspetti e sulle scelte fondamentali di tale politica (non, dunque, sui singoli atti nei quali essa si sostanzia), nonché di essere informato circa la sua evoluzione (art. 36 TUE).

2. Le procedure per l'adozione degli atti legislativi

a. Il potere di iniziativa

L'art. 17, n. 2, TUE dispone come segue: «Un atto legislativo dell'Unione può essere adottato solo su proposta della Commissione, salvo che i trattati non dispongano diversamente. Gli altri atti sono adottati su proposta della Commissione se i trattati lo prevedono». La proposta della Commissione, indirizzata al Consiglio, o al Consiglio e al Parlamento europeo, costituisce un atto formale, di natura interorganica, in quanto non rivolto verso l'esterno, ma diretto ad un'altra istituzione dell'UE. Più proposte in un ampio contesto organico sono contenute nei c.d. Libri Bianchi.

In via preliminare, desideriamo ricordare che l'impostazione originaria dei Trattati prevedeva che la Commissione godesse, praticamente in via esclusiva ed incondizionata, del potere di iniziativa relativamente agli atti legislativi dell'UE. Questo potere, attribuito ad un organo che rappresenta l'interesse generale dell'UE e non gli Stati *uti singuli*, costituiva un elemento innovativo e caratteristico dell'elevato grado di integrazione che l'UE intendeva instaurare tra gli Stati membri. L'effettiva portata del potere di iniziativa della Commissione si è venuta, però, progressivamente diluendo. Infatti, l'innovativa costruzione dei Trattati originari era stata ben presto oggetto di manovre da parte degli Stati membri, volte ad imbrigliare in qualche modo il potere di iniziativa della Commissione. Questo risultato fu essenzialmente raggiunto

con l'istituzione del COREPER. Il dialogo tra la Commissione ed il Consiglio, come concepito originariamente nei Trattati, è stato a partire da quel momento sostituito da un dialogo tra la Commissione e il COREPER, che, in quanto organo permanente (a differenza del Consiglio), finisce con il condizionare notevolmente il potere di iniziativa della Commissione, dato che ne passa al vaglio tutte le proposte. Altro limite al potere di iniziativa della Commissione è stato introdotto a seguito della prassi, instauratasi in seno ai Consigli europei, di indicare alla Commissione i principi direttivi cui informare le sue proposte. D'altra parte, occorre ricordare che tali Consigli europei costituiscono il prolungamento del momento costituente degli Stati membri, nella misura in cui, una volta raggiunti gli obiettivi originariamente previsti dai Trattati, occorre indicare di nuovi, stabilendo al contempo il contenuto, o almeno le linee guida, dei provvedimenti necessari per il loro raggiungimento.

Va anche ricordato, al riguardo, che, pur se la presentazione di una proposta da parte della Commissione su una determinata materia è in genere il frutto della sua iniziativa, essa può anche essere la conseguenza di una specifica richiesta avanzata al riguardo dal Consiglio (art. 241 TFUE), dal Parlamento europeo (art. 225 TFUE) o da almeno un milione di cittadini, i quali devono, però, appartenere ad un numero "significativo" di Stati membri, numero che verrà specificato in seguito dal Parlamento europeo e dal Consiglio ex art. 24, comma 1, TFUE (art. 11, n. 4, TUE). Solo nel caso di una richiesta da parte del Consiglio o del Parlamento europeo, se la Commissione non procede alla formulazione della proposta, ne deve comunicare le motivazioni, ma non sembra doversi ritenere che, così facendo, essa si esponga al rischio di un ricorso in carenza dinanzi alla Corte di giustizia, ex art. 265 TFUE. In sostanza, alle suddette richieste non pare corrispondere, sul piano giuridico, un obbligo della Commissione di presentare una proposta. Resta, però, sempre salva, in casi estremi, la possibilità per il Parlamento europeo, sul piano politico, di approvare una mozione di censura nei confronti della Commissione.

Laddove è prevista nei Trattati la necessità della proposta della Commissione per l'adozione di un atto del Consiglio, quest'ultimo può, ovviamente, adottare o meno un atto conforme alla proposta stessa secondo le procedure previste di volta in volta dai Trattati, ma può emendarla solo deliberando all'unanimità (art. 293, n. 1, TFUE), eccetto che nell'ambito delle ultime fasi della procedura legislativa ordinaria e delle disposizioni finanziarie in tema di bilancio dell'UE, nei quali casi può procedere a maggioranza qualificata. Si badi che gli emendamenti che il Consiglio può così apportare non devono travisare la natura della proposta; se, infatti, il Consiglio, per esempio, riscrive completamente tale proposta, la estendesse a campi non originariamente previsti, o ne stravolgesse le finalità, non ci si troverebbe di fronte ad emendamenti in senso proprio, ma ad una decisione del Consiglio di fatto priva di una proposta della Commissione e, quindi, illegittima. È importante, comun-

que, sottolineare che, nel caso dell'emendamento di una proposta della Commissione, l'unanimità richiesta per la delibera del Consiglio non funziona, come di solito avviene, quale fattore di protezione degli interessi particolari degli Stati membri, ma tutela, invece, il perseguimento dell'interesse generale della Comunità. Infatti, essa tende a rendere più difficile che una proposta della Commissione, che si presuppone redatta tenendo, appunto, conto di tale interesse generale, venga modificata per tenere conto di interessi particolari di alcuni Stati membri soltanto.

Inoltre, qualora la Commissione si rendesse conto del pericolo che si raggiunga l'unanimità su emendamenti che essa considerasse inaccettabili, o che le possibilità di accoglimento della sua proposta fossero scarse, la Commissione, finché il Consiglio (o il Consiglio e il Parlamento europeo) non ha deliberato, può in qualsiasi momento modificare opportunamente la sua proposta, avvalendosi della possibilità che le dà al riguardo l'art. 293, n. 2, TFUE, e condizionando, quindi, in qualche modo, il processo decisionale. La Corte di giustizia ha ritenuto che tale norma riconosca implicitamente alla Commissione anche la possibilità di ritirare la sua proposta², con la conseguenza che il processo decisionale ne risulterebbe, di fatto, bloccato. Le implicazioni giuridiche di un tale atteggiamento della Commissione, nei casi estremi in cui esso possa configurare un abuso, uno "sviamento di potere", o una violazione del suo obbligo di leale cooperazione andranno valutate di volta in volta.

Anche se la necessità di una proposta della Commissione costituisce la regola qualora venga adottata la procedura legislativa ordinaria (art. 289, n. 1, TFUE), l'art. 289, n. 3, TFUE espressamente prevede che, nei casi specifici previsti dai Trattati, gli atti legislativi possono essere adottati su iniziativa non della Commissione, ma di un gruppo di Stati membri o del Parlamento europeo, su raccomandazione della Banca centrale europea o su richiesta della Corte di giustizia o della Banca europea per gli investimenti e ciò sia nella procedura legislativa ordinaria (v. ad esempio, l'espresso disposto dell'art. 294, n. 15, TFUE), che in quelle speciali. In tali casi, la Commissione è, a volte, semplicemente consultata sulla proposta. Ricordiamo il potere di iniziativa di cui godono *a.* il Parlamento europeo circa le norme sulla sua composizione (art. 14, n. 2, comma 2, TUE), *b.* l'Alto rappresentante per la politica estera e di sicurezza comune relativamente al settore di sua competenza (art. 22, n. 2, TUE e art. 27, n. 1, TUE), *c.* la Corte di giustizia relativamente a modifiche del suo Statuto diverse da quelle relative al Titolo I e all'art. 64 (art. 281 TFUE) o all'istituzione di Tribunali specializzati (art. 257, comma 1, TFUE), *d.* la BCE in materia di politica monetaria (art. 129, n. 4, TFUE), *e.* la BEI per la modifica del proprio Statuto (art. 308, comma 2, TFUE), *f.* un quarto degli Stati membri per alcuni atti relativi allo spazio di libertà, sicurezza e

² Sentenza del 14 luglio 1988 in causa n. 188/85, *Fediol*, in *Raccolta*, 1988, p. 4193 ss.

giustizia (art. 76 TFUE). Sono, invece, rarissimi i casi in cui i Trattati prevedono che un atto legislativo possa essere adottato dal Consiglio di sua iniziativa senza alcuna proposta preventiva (citiamo, in proposito, le decisioni in materia di navigazione marittima ed aerea, di cui all'art. 100, n. 2).

La conclusione è che l'esclusività del potere di iniziativa della Commissione, come originariamente concepita dai redattori dei Trattati, da una parte si è venuta progressivamente diluendo nella sostanza ed erodendo a vantaggio di altri organi o istituzioni, e, dall'altra, si è stemperata nella necessità del continuo dialogo tra Commissione, Consiglio e Parlamento europeo, implicito nelle procedure di adozione degli atti, di cui diremo e a cui fa espresso riferimento l'art. 295 TFUE.

Ricordiamo, anche, che, per tutti i casi in cui non è necessaria la proposta della Commissione, è prevista una garanzia procedurale relativa al raggiungimento della maggioranza qualificata in sede di votazione del Consiglio (ove prevista), nel senso della necessità di un maggior quoziente di voti favorevoli.

È appena il caso di precisare, infine, che un atto legislativo adottato senza la relativa proposta richiesta dai Trattati renderebbe lo stesso illegittimo per violazione delle forme sostanziali e, come tale, passibile di essere dichiarato nullo dalla Corte di giustizia ex art. 264 TFUE. Va, inoltre, ricordato che ogni proposta di atto legislativo dell'UE, da chiunque provenga, va trasmessa ai Parlamenti nazionali e deve essere dettagliatamente motivata sotto il profilo del rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, ivi compreso il suo impatto finanziario³.

b. *La procedura legislativa ordinaria*

La procedura legislativa ordinaria (corrispondente in larga misura a quella che attualmente è chiamata procedura di codecisione) costituisce il meccanismo generale di adozione degli atti legislativi. Il campo di applicazione di tale procedura è molto ampio (più di ottanta atti legislativi sono adottati con essa) e si estende con il Trattato di Lisbona a settori importanti come lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, le politiche agricole e della pesca, la definizione delle competenze esecutive della Commissione e il regolamento finanziario, oltre a quelli ora soggetti alla procedura di codecisione (citiamo solo la sicurezza sociale dei lavoratori migranti, i trasporti, la libertà di stabilimento, il riconoscimento reciproco dei diplomi, il ravvicinamento delle legislazioni per l'attuazione del mercato interno, la formazione e istruzione professionale, la cultura, la sanità pubblica, la protezione dei consumatori, le reti transeuropee, la ricerca e sviluppo, l'ambiente, la cooperazione allo sviluppo,

³ Cfr. il Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, allegato al testo di Lisbona.

la cooperazione doganale). Essa consiste nell'adozione congiunta di un regolamento, di una direttiva o di una decisione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, su proposta, come detto al paragrafo precedente, della Commissione (art. 289, n. 1, TFUE).

L'art. 294 TFUE stabilisce i dettagli della procedura legislativa ordinaria, che si svolge in quattro fasi e che si caratterizza per i seguenti elementi fondamentali: *a.* i provvedimenti sottoposti a tale procedura possono essere adottati solo con il consenso di entrambe le istituzioni, Consiglio e Parlamento europeo, a ciascuna delle quali compete, quindi un diritto di veto; si tratta, pertanto, di un potere negativo, in quanto nessuna delle due è in grado da sola di determinare l'adozione di un atto secondo il suo volere; *b.* in caso di dissenso tra Parlamento europeo e Consiglio, si convoca un comitato di conciliazione paritetico, con il compito di raggiungere un accordo, in mancanza del quale il provvedimento non viene adottato; *c.* se vi è l'accordo del Parlamento europeo, nelle ultime fasi della procedura il Consiglio può adottare anche a maggioranza qualificata un atto che contenga emendamenti sui quali la Commissione ha espresso parere negativo; *d.* il ruolo svolto dalla Commissione è piuttosto quello di mediatore tra Consiglio e Parlamento europeo, nel quadro di una cooperazione tra i tre organi che è l'indispensabile presupposto di questa procedura e che può anche fare oggetto di accordi interistituzionali vincolanti (art. 295 TFUE).

Venendo ai dettagli, la procedura legislativa ordinaria inizia con la presentazione di una proposta da parte della Commissione, congiuntamente al Consiglio e al Parlamento europeo. Su tale proposta il Parlamento europeo inoltra al Consiglio la sua posizione. Se il Consiglio è d'accordo su tale posizione, l'atto è adottato e la procedura si conclude. Se, invece, il Consiglio non è d'accordo sulla posizione del Parlamento europeo, esso formalizza la sua (diversa) posizione e la trasmette al Parlamento europeo. Questa fase è chiamata «prima lettura».

Se il Parlamento europeo, entro tre mesi dalla trasmissione di tale posizione del Consiglio, la approva o non si pronuncia, l'atto si considera adottato e la procedura si conclude. Se, invece, respinge, a maggioranza dei membri che lo compongono, la posizione del Consiglio, l'atto si considera non adottato e la procedura ugualmente si conclude, anche se con un insuccesso. Il Parlamento europeo può, infine, sempre a maggioranza dei membri che lo compongono, comunicare al Consiglio e alla Commissione proposte di modifica alla posizione del Consiglio, sulle quali la Commissione deve formulare un parere. A sua volta il Consiglio, entro ulteriori tre mesi dalla comunicazione di tali emendamenti, può, deliberando a maggioranza qualificata, *a.* approvarli, così che l'atto è adottato e la procedura si conclude, *b.* non approvarli, con la conseguente convocazione, entro ulteriori sei settimane, di un comitato di conciliazione. Questa fase è chiamata «seconda lettura».

Alla seconda lettura segue la fase della «conciliazione». Il comitato di conciliazione, composto dai membri del Consiglio (o da loro rappresentanti) e da un numero uguale di membri del Parlamento europeo, ha il compito di raggiungere un accordo su un progetto comune, deliberando, rispettivamente, a maggioranza qualificata e a maggioranza dei rappresentanti del Parlamento europeo. La Commissione partecipa ai lavori del comitato e svolge un ruolo di mediatrice. Se entro sei settimane dalla convocazione il comitato di conciliazione non raggiunge alcun accordo, l'atto si considera non adottato e la procedura si conclude.

Se, invece, il comitato di conciliazione raggiunge un accordo su un progetto comune di atto legislativo, si apre la fase della «terza lettura». Parlamento europeo e Consiglio hanno entrambi un termine di sei settimane per adottare l'atto, deliberando, rispettivamente, a maggioranza dei voti espressi e a maggioranza qualificata ed, in tal caso l'atto è adottato e la procedura si conclude con successo. In caso contrario, l'atto si considera non adottato e la procedura si conclude con un insuccesso.

Si badi che, nella fase della seconda lettura, il Consiglio deve ancora deliberare all'unanimità sugli emendamenti relativamente ai quali la Commissione ha dato parere negativo, mentre nella fase della conciliazione ed in quella della terza lettura, il Consiglio può approvarli anche a maggioranza qualificata.

È importante, infine, rilevare che, pur se gli atti emanati a seguito della procedura legislativa ordinaria vengono adottati congiuntamente dal Parlamento e dal Consiglio, essi hanno rango superiore solo rispetto agli atti esecutivi, ma non rispetto ad altri atti adottati con procedure legislative speciali, o agli atti non adottati secondo una procedura legislativa, non essendo stata definita nel Trattato di Lisbona l'auspicata gerarchia tra le fonti del diritto dell'UE.

Nonostante i miglioramenti apportati con le varie revisioni dei Trattati, la procedura legislativa ordinaria resta articolata e laboriosa, frutto della necessità di trovare difficili equilibri tra l'esigenza di conferire qualche maggior potere ad un organo democraticamente eletto, quale il Parlamento europeo, senza, però, privare nella sostanza il Consiglio (e, quindi, gli Stati membri) delle sue prerogative.

c. Le procedure legislative speciali

La procedura legislativa speciale non è una specifica procedura definita dai Trattati, dovendosi piuttosto ritenere che tutte le volte che i Trattati prevedono procedure legislative diverse da quella legislativa ordinaria, tali procedure sono da considerarsi speciali. Il loro tratto comune è quello di consistere nella «adozione di un regolamento, di una direttiva o di una decisione da parte del Parlamento europeo con la partecipazione del Consiglio o da parte di quest'ultimo con la partecipazione del Parlamento europeo» (art. 289, n. 2,

TFUE), ma, essendo le modalità di tali rispettive partecipazioni molto differenti, in effetti le procedure legislative speciali sono molteplici e sono di volta in volta specificate dalle singole norme dei Trattati che le prevedono, cui occorre, pertanto, fare riferimento.

L'apparente simmetria della disposizione dell'art. 289, n. 2, TFUE (decisione da parte del Parlamento europeo o del Consiglio con la partecipazione dell'altro organo) non deve trarre in inganno, essendo il frutto di uno sforzo redazionale teso a fare apparire la realtà migliore (*rectius*: rappresentativa di una integrazione più avanzata) di quella che è. In effetti sono solo tre i casi in cui è il Parlamento europeo a decidere, con la partecipazione del Consiglio. Tutti e tre questi casi sono marginali e, in ogni modo, il Consiglio deve approvare preventivamente l'atto del Parlamento europeo. Si tratta dell'adozione dello statuto dei membri del Parlamento europeo (art. 223, n. 2, TFUE), della definizione delle modalità per l'esercizio del diritto di inchiesta del Parlamento europeo (art. 226, comma 3, TFUE) e dell'adozione dello statuto del Mediatore europeo (art. 228, n. 4, TFUE).

Per converso, l'adozione di un atto legislativo da parte del Consiglio con la partecipazione del Parlamento europeo ricorre molto più di frequente (in più di trenta casi). Nella maggior parte di questi casi, il Consiglio decide all'unanimità. In solo quattro casi, piuttosto marginali, esso decide a maggioranza qualificata (art. 23, comma 2, TFUE; art. 182, n. 4, TFUE; art. 311, comma 4, TFUE; art. 349, comma 1, TFUE).

Quanto al coinvolgimento del Parlamento europeo in queste decisioni del Consiglio adottate secondo una procedura legislativa speciale, esso può consistere nella semplice consultazione dello stesso o nella necessità della sua approvazione dell'atto.

Va ricordato, in via generale, che la partecipazione del Parlamento europeo al processo decisionale dell'UE attraverso la sua consultazione da parte del Consiglio costituiva la regola nei Trattati originari. I poteri del Parlamento europeo relativamente a tale processo si sono venuti, poi, man mano accrescendo, ma il suo ruolo è ancora semplicemente consultivo, nel Trattato di Lisbona, in più di una ventina di casi, tra cui citiamo alcune delle procedure di revisione dei Trattati (art. 48 TUE), le misure sulla sicurezza sociale o la protezione sociale (art. 21, n. 3, TFUE), sul diritto di voto nello Stato membro di residenza (art. 22 TFUE), sui movimenti di capitali (art. 64, n. 3, TFUE), sui passaporti, carte d'identità e titolo di soggiorno (art. 77, n. 3, TFUE), sull'adozione di misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali (art. 81, n. 3, TFUE), sulla cooperazione operativa di polizia (art. 87, n. 3, TFUE), nel campo fiscale (art. 113 TFUE), sul ravvicinamento delle disposizioni aventi un'incidenza diretta sul mercato interno (art. 115 TFUE), sulla politica sociale (art. 153 TFUE), sull'ambiente (art. 192 TFUE), sull'energia (art. 194 TFUE), sulla sostituzione dei commissari (art. 246, comma

2, TFUE), sull'elenco dei membri della Corte dei conti (art. 286, n. 2, TFUE). È da rilevare che alcune di queste materie, data la loro incidenza diretta sui diritti individuali (cittadinanza europea, diritto di famiglia, politica sociale), richiederebbero forse un coinvolgimento maggiore della semplice consultazione da parte dell'istituzione rappresentativa dei cittadini.

La consultazione del Parlamento europeo, quando richiesta dai Trattati nell'ambito delle procedure legislative speciali, dà luogo all'emissione da parte del Parlamento europeo di un atto formale, di natura interorganica, il parere, che è obbligatorio, nel senso che la sua mancanza renderebbe l'atto del Consiglio illegittimo per violazione delle forme sostanziali e quindi passibile di essere dichiarato nullo da parte della Corte di giustizia ex art. 264 TFUE. Alcune sentenze della Corte di giustizia⁴ non solo hanno tolto ogni dubbio in proposito, ma hanno precisato che non basta la semplice richiesta di parere al Parlamento da parte del Consiglio, essendo invece necessario che il Parlamento esprima effettivamente la propria opinione. La conseguenza è che, se pur formalmente il parere del Parlamento europeo non è vincolante per il Consiglio (che deve semplicemente prenderlo in considerazione e che se ne può discostare senza nemmeno l'obbligo di motivare il proprio dissenso), sul piano pratico il Parlamento, in presenza di una situazione politica che renda improbabile l'accoglimento da parte del Consiglio del suo parere, potrebbe, semplicemente non formulandolo, essere tentato di almeno ritardare la decisione del Consiglio. Il limite a tale eventuale tattica del Parlamento europeo è duplice: da una parte, esso si deve conformare al dovere di leale cooperazione, per cui, in presenza di un proprio ritardo irragionevole, non può invocare la illegittimità dell'atto del Consiglio emesso senza attendere il parere stesso⁵; dall'altra vi è la possibilità per il Consiglio di adire la Corte di giustizia con un ricorso in carenza contro il Parlamento ex art. 265 TFUE.

Non è necessario che il Parlamento europeo esprima il suo parere su un testo definitivo di provvedimento, purché tale testo non si discosti nella sostanza da quello sottopostogli. Qualora, invece la proposta della Commissione su cui il Parlamento abbia fornito il suo parere venisse sostanzialmente modificata nel corso della procedura, il Parlamento dovrà essere nuovamente consultato sulla proposta così modificata, prima che il Consiglio possa decidere⁶.

⁴ Sentenze del 29 ottobre 1980, rispettivamente nella causa n. 138/79, *Roquette*, in *Raccolta*, 1980, p. 3333 ss. e nella causa n. 139/79, *Maizena*, in *Raccolta*, 1980, p. 3393 ss.

⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 30 marzo 1995 in causa n. C-65/93, *Parlamento c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 643 ss.

⁶ I suddetti principi sono stati stabiliti dalla Corte di giustizia nella sentenza del 15 luglio 1970 in causa n. 41/69, *ACF Chemiefarma c. Commissione*, in *Raccolta* 1970, p. 661 ss., nonché più volte riconfermati successivamente (ad esempio, v. le sentenze del 1° giugno 1994 in causa n. C-388/92, *Parlamento c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 2067 ss. e del 10 giugno 1997 in causa n. C-392/95, *Parlamento c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3213 ss. e in questa *Rivista* 1997, p. 437 con commento di P. SIMONE, *La procedura di consultazione del Parlamento europeo nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia*, p. 443 ss.).

Va, infine, menzionata la facoltà per il Parlamento europeo di indirizzare al Consiglio pareri facoltativi in tutti i casi in cui il Trattato non prevede per il Consiglio l'obbligo di consultare il Parlamento stesso. A tali pareri non saranno, ovviamente, ricollegate le conseguenze giuridiche che abbiamo più sopra visto esser proprie dei pareri obbligatori, salvo restando il loro peso politico. Non sono invero trascurabili le materie in cui i Trattati non prevedono alcuna forma di partecipazione del Parlamento europeo al processo legislativo, nemmeno di carattere consultivo: ricordiamo le decisioni del Consiglio in tema di orientamenti e condizioni per garantire il progresso equilibrato del mercato interno (art. 26, n. 3, TFUE), di dazi della tariffa doganale comune (art. 31 TFUE), di imposte dirette (art. 112 TFUE), di indirizzi di massima per le politiche economiche (art. 121, n. 2, TFUE), di misure relative a gravi difficoltà economiche (art. 122, n. 1 e n. 2, TFUE), di interruzione delle relazioni economiche con Paesi terzi (art. 215 TFUE).

Ricordiamo, inoltre, che, accanto ai pareri del Parlamento europeo, che hanno un carattere prevalentemente politico, il Consiglio deve spesso acquisire, nel corso delle procedure legislative speciali, pareri obbligatori di natura più tecnica da parte di altri organi consultivi, come il Comitato economico e sociale, il Comitato delle Regioni o la BCE.

Molto più incisivo è l'intervento del Parlamento europeo quando, per l'adozione di un atto legislativo da parte del Consiglio, è prevista la sua previa approvazione, la quale, quindi, gli dà in sostanza un diritto di veto, analogamente a quanto avviene per la procedura legislativa ordinaria. La differenza è che, nel caso della approvazione, il Parlamento europeo si pronuncia su un testo alla determinazione del cui contenuto esso non ha contribuito. Questa procedura di approvazione sostituisce quella attualmente nota come procedura di parere conforme.

La necessità della previa approvazione del Parlamento europeo nell'ambito delle procedure legislative speciali è prevista, anzitutto, per accordi internazionali dell'UE: accordi di associazione, accordo di adesione dell'UE alla CEDU, accordi che creano un quadro istituzionale specifico organizzando procedure di cooperazione, accordi che hanno ripercussioni finanziarie considerevoli per l'UE, accordi che riguardano settori ai quali si applica la procedura legislativa ordinaria ovvero una procedura legislativa speciale che richieda l'approvazione del Parlamento europeo (art. 218, n. 6, lett. *a.*, TFUE), accordi con uno Stato membro che abbia invocato il diritto di recesso (art. 50 TUE). Anche per la procedura di revisione dei Trattati è prevista l'approvazione del Parlamento europeo per le decisioni del Consiglio di non convocare una Convenzione (art. 48, n. 3, comma 2, TUE) e per la seconda delle due procedure di revisione semplificata (art. 48, n. 7, ultimo comma, TUE), nonché per la pronuncia del Consiglio sulla domanda di ammissione di uno Stato terzo (art. 49, comma 1, TUE). L'approvazione in questione è, infine,

anche prevista in campi "interni", come, per esempio, in tema di decisioni in merito alla violazione da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'art. 2 TUE (art. 7, n. 1 e n. 2, TUE), di composizione del Parlamento europeo (art. 14, n. 2, comma 2, TUE), di misure per combattere le discriminazioni (art. 19, n. 1, TFUE), di estensione dei diritti legati alla cittadinanza (art. 25, comma 2, TFUE), di procedura elettorale uniforme per le elezioni del Parlamento (art. 223, n. 1, TFUE), di approvazione del quadro finanziario pluriennale (art. 312, n. 2, TFUE), in alcuni casi di cooperazione rafforzata (art. 329, n. 1, TFUE), di utilizzo della clausola di flessibilità (art. 352, n. TFUE).

Al termine di quest'analisi della funzione legislativa nell'UE, il quadro complessivo che ne risulta è che, nonostante l'affermazione della Corte di giustizia nel senso dell'esistenza di «un fondamentale principio della democrazia, secondo cui i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa»⁷, tale funzione appare ancora viziata da un grave *deficit* democratico, aggravato dal notevole ampliamento delle competenze conferite dagli Stati membri all'UE e sottratte, quindi, al processo decisionale democratico cui sarebbero state sottoposte se esercitate in ambito nazionale. Il Parlamento europeo, anche se forte dell'accresciuta legittimazione democratica derivante dalla sua elezione a suffragio universale diretto, ha ancora, in definitiva, solo un diritto di veto per alcune decisioni importanti, con il quale può paralizzare l'azione dell'UE, senza essere, però, mai in grado di indirizzarla secondo il proprio volere. D'altra parte, nell'attuale fase dell'integrazione europea, caratterizzata dalla persistente sovranità degli Stati membri, il potere decisionale definitivo non può prescindere dalla volontà del Consiglio o del Consiglio europeo, che tali Stati rappresentano. Un diverso equilibrio dei poteri, caratterizzato, ad esempio, da un peso decisivo del Parlamento europeo in ambito legislativo, a scapito del Consiglio o del Consiglio europeo, non potrebbe realizzarsi con una semplice modifica dei Trattati. Esso sarebbe incompatibile con la natura dell'UE, che resta una organizzazione internazionale costituita dagli Stati membri, e la avvierebbe verso soluzioni federali, le quali, pur essendo le sole in grado di eliminare il *deficit* democratico, non paiono al momento attuale praticabili.

3. La funzione esecutiva

a. *Gli atti normativi delegati*

La funzione esecutiva nell'UE si estrinseca attraverso l'emanazione di atti normativi delegati e di atti di esecuzione.

⁷ Sentenza del 29 ottobre 1980 in causa n. 138/79, *Roquette*, cit. *supra*, nota 4.

Quanto ai primi, i Trattati tendono ad evitare un eccesso di dettagli nella produzione normativa soggetta alle complesse procedure legislative sopra menzionate e a limitare agli elementi essenziali il contenuto degli atti legislativi a portata generale (quindi, regolamenti o direttive) adottati secondo tali procedure. Al riguardo, l'art. 290, n. 1, comma 1, TFUE prevede che un atto legislativo può delegare alla Commissione il potere di emanare atti, definiti «non legislativi di portata generale», che integrano o modificano elementi non essenziali dell'atto stesso. Tali atti così delegati alla Commissione, avendo anch'essi portata generale, sono, quindi dei veri e propri atti normativi di competenza della Commissione, pur se definiti «non legislativi».

Essi hanno, però, un rango inferiore rispetto agli atti legislativi. Infatti, l'atto legislativo che contiene la delega alla Commissione deve esplicitamente delimitare «gli obiettivi, il contenuto, la portata e la durata della delega di potere» (art. 290, n. 1, comma 2, TFUE). Inoltre, tale atto legislativo di delega deve fissare le condizioni cui è soggetta la delega stessa. Tali condizioni possono includere il potere da parte del Parlamento o del Consiglio (anche singolarmente) di revocare la delega o di fissare un termine per sollevare obiezioni, solo scaduto il quale l'atto delegato emanato dalla Commissione entra in vigore (art. 290, n. 2, comma 1, TFUE). È, quindi, dato al Parlamento europeo ed al Consiglio un potere di controllo sugli atti delegati, controllo che essi esercitano su un piede di assoluta parità.

Gli atti così emanati dalla Commissione devono contenere la denominazione «delegato» o «delegata». Si tratterà, quindi, di regolamenti delegati o direttive delegate. Non vi possono essere decisioni delegate, perché queste non hanno portata generale, né vi possono essere regolamenti o direttive delegati che vertano su elementi essenziali dell'atto legislativo contenente la delega, ovvero sulle sue prescrizioni fondamentali, altrimenti si altererebbe la ripartizione funzionale delle competenze tra le istituzioni dell'UE.

La nozione di «elemento essenziale» dell'atto legislativo, su cui non può vertere un atto delegato della Commissione, fu per la prima volta introdotta dalla Corte di giustizia nella sentenza del 17 dicembre 1970 in causa n. 25/70, *Köster*. In una sentenza successiva⁸ la Corte di giustizia precisò che, ad esempio, una misura che prevedeva una sanzione pecuniaria (in materia agricola) costituiva un elemento essenziale dell'atto legislativo e non poteva, pertanto, essere introdotta in un provvedimento delegato alla Commissione.

Anche secondo le norme attualmente vigenti, la Commissione ha il potere di emanare provvedimenti normativi di esecuzione su delega del Consiglio e nei limiti della stessa. Il controllo da parte del Consiglio e degli Stati membri su tale attività normativa di esecuzione da parte della Commissione è stato fi-

⁸ Sentenza del 27 ottobre 1992 in causa n. C-240/90, *Germania c. Commissione*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 5383 ss.

no ad ora effettuato attraverso la procedura della «comitologia», non prevista dal diritto primario, ma disciplinata con decisione del Consiglio del 28 giugno 1999, n. 99/468⁹. Attraverso tale procedura, il Consiglio ha in sostanza affiancato alla Commissione, nell'esercizio dei poteri normativi di esecuzione di quest'ultima, alcuni comitati, composti da rappresentanti degli Stati membri e presieduti da un rappresentante della Commissione, dei quali ha anche disciplinato la procedura di formazione e di voto. Tali comitati indirizzano pareri alla Commissione ed assumono una denominazione diversa a seconda dell'efficacia di tale parere nei confronti della Commissione stessa. Quando il comitato è consultivo, la Commissione può liberamente discostarsi dal suo parere; quando è di gestione (procedura specialmente usata in materia agricola o in materie con implicazioni di bilancio), la Commissione deve comunicare al Consiglio un provvedimento adottato in difformità dal parere di tale comitato e il Consiglio può, entro un certo termine, prendere una decisione diversa, in mancanza della quale l'atto della Commissione resta valido; quando, infine, il comitato è di regolamentazione con controllo, il suo parere è sostanzialmente vincolante per la Commissione, la quale, se vuole adottare un provvedimento diverso, deve formulare al Consiglio una proposta in merito. Con una serie di accordi interistituzionali e di decisioni¹⁰ sono stati attribuiti al Parlamento europeo poteri analoghi a quelli del Consiglio in merito al controllo degli atti normativi di esecuzione della Commissione. Anche se, come detto, la «comitologia» non è prevista dai Trattati, la Corte di giustizia aveva finito in sostanza con il legittimarla purché non ne risultasse falsato l'equilibrio istituzionale¹¹.

In concreto, la Commissione ha goduto finora di ampia delega relativamente alla emanazione di provvedimenti normativi di esecuzione, come dimostra il gran numero di tali provvedimenti. L'attività della Commissione si è svolta prevalentemente nel campo delle politiche comuni, in particolare della politica agricola, della politica dei trasporti e della politica della concorrenza. In quest'ultimo caso, la Commissione ha emanato numerosi regolamenti su delega del Consiglio, come, ad esempio, il regolamento n. 99/63 del 25 luglio 1963, sullo svolgimento dei procedimenti dinanzi alla Commissione stessa.

L'art. 290, n. 1 e n. 2, TFUE, nel disciplinare la delega alla Commissione per gli atti non legislativi di portata generale, ed il relativo controllo da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, sembra ora prospettare una revisione o un ridimensionamento della «comitologia», la quale non viene espressamente abolita, ma nemmeno confermata. Sembra, infatti, difficile ipotizzare, in particolare per la procedura «di regolamentazione con controllo», altre

⁹ In *Guce* n. L 184 del 17 luglio 1999.

¹⁰ V., da ultimo, la decisione del Consiglio del 17 luglio 2006, n. 512, in *Gu-Ue* n. L 200 del 22 luglio 2006.

¹¹ Sentenza del 30 ottobre 1975 in causa n. 23/75, *Rey Soda*, in *Raccolta*, 1975, p. 1279 ss.; sentenza del 5 ottobre 1977 in causa n. 5/77, *Tedeschi c. Denkavit*, in *Raccolta*, 1977, p. 1555 ss.

forme di supervisione dell'attività delegata, che dovrebbero aver luogo attraverso i suddetti comitati, ma che si sovrapporrebbero ai poteri di controllo sugli atti delegati congiuntamente conferiti dal Trattato di Lisbona al Consiglio e al Parlamento europeo. In proposito, la Dichiarazione n. 39, allegata al testo di Lisbona, precisa che è intenzione della Commissione di continuare a consultare gli esperti nominati dagli Stati membri nell'elaborazione degli atti delegati, anche se nel solo settore dei servizi finanziari, quasi prefigurando l'abbandono, in materia, della procedura «di regolamentazione con controllo». In verità l'art. 290, n. 2, TFUE dispone ora soltanto la revocabilità della delega e la possibilità per il Parlamento e il Consiglio di sollevare obiezioni (da stabilire tuttavia in ogni singolo atto legislativo) in merito all'attività delegata della Commissione. Ogni ulteriore controllo su tale attività parrebbe, quindi, potere essere oramai solo quello affidato *a posteriori* alla Corte di giustizia ex art. 263 TFUE. La questione resta, però, aperta e occorrerà attendere gli sviluppi della prassi.

b. *Gli atti di esecuzione*

Gli atti delegati alla Commissione ex art. 290 TFUE si distinguono concettualmente dagli atti di esecuzione, cioè dagli atti meramente attuativi degli atti giuridicamente vincolanti dell'UE. Essendo tali atti destinati ad operare all'interno di ciascuno Stato membro, sono le autorità nazionali preposte, in via generale, all'esecuzione degli stessi. Il modello seguito fin dall'inizio nell'ambito dell'UE è stato, infatti, un modello decentralizzato di esercizio del potere esecutivo in capo agli Stati membri¹². L'art. 291, n. 1, TFUE stabilisce, di conseguenza, che gli Stati membri adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'UE, riprendendo il disposto dell'art. 4, n. 3, comma 2, TUE, secondo cui gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o dagli atti delle istituzioni dell'UE.

Pertanto, qualora siano necessarie «condizioni uniformi di attuazione», gli atti giuridicamente vincolanti dell'UE possono attribuire la relativa competenza di esecuzione alla Commissione (art. 291, n. 2, TFUE). Tale competenza di esecuzione può, quindi, vertere su tutti gli atti giuridicamente vincolanti, incluse le decisioni, adottati o meno secondo una procedura legislativa. A tali atti della Commissione deve essere aggiunta la denominazione «di esecuzione»: vi saranno, pertanto, regolamenti di esecuzione, direttive di esecuzione, decisioni di esecuzione.

¹² V. la sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1983 in cause riunite da n. 202 a n. 215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH c. Germania*, in *Raccolta*, 1983, p. 2633 ss.

La competenza di esecuzione, in base all' art. 291, n. 2, TFUE, può esser anche attribuita al Consiglio, in casi specifici debitamente motivati, nonché relativamente alle disposizioni degli artt. 24 e 26 TUE sulla politica estera e di sicurezza comune.

Mentre l'esercizio da parte della Commissione dei poteri normativi delegati alla stessa è soggetto, come detto, al controllo da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, l'esercizio delle sue competenze di esecuzione è sottoposto ad un controllo da parte degli Stati membri, secondo modalità stabilite dal Consiglio e dal Parlamento europeo, mediante regolamenti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria (art. 291, n. 3, TFUE). La norma dell'art. 291, n. 3, TFUE, nel prevedere l'emanazione di regolamenti che determinino le modalità di controllo da parte degli Stati membri sugli atti di esecuzione della Commissione, sembra prefigurare che tali regolamenti siano tesi a sostituire l'attuale sistema di controllo sull'attività di esecuzione della Commissione, che ruota intorno ai comitati composti da rappresentanti degli Stati membri, nella quadro della sopra menzionata procedura di «comitologia». Anche qui la questione resta aperta e occorrerà attendere gli sviluppi della prassi.

La Commissione ha fatto ampio uso dei suoi poteri di esecuzione, specie relativamente all'applicazione a casi concreti delle regole di concorrenza, che includono le regole applicabili alle imprese, quelle relative alle concentrazioni e gli aiuti concessi dagli Stati, nonché relativamente ad altre politiche comuni (agricoltura, pesca, politica commerciale, ambiente, *standard* tecnici, ecc.), che richiedevano l'emanazione di disposizioni concrete di applicazione ai singoli.

Ugo Draetta*

* Ordinario di Diritto Internazionale / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

OBBLIGHI DI SICUREZZA ALIMENTARE NEL MERCATO UNICO EUROPEO TRA GESTIONE DEL RISCHIO E RESPONSABILITÀ D'IMPRESA

Sommario: **I.** *Fonti e caratteri generali della legislazione alimentare* - **II.** *Rapporti tra legislazione alimentare e disciplina sulla sicurezza generale dei prodotti* - **III.** *Le relazioni tra il regolamento n. 178/2002 e la disciplina della responsabilità per danno da prodotto difettoso.*

I. Fonti, caratteri generali della legislazione alimentare

A partire dalla seconda metà degli anni Novanta, anche in risposta all'accesa attenzione dell'opinione pubblica e dei *mass-media* sul tema della sicurezza alimentare, è stata attuata un'ampia opera di riforma della disciplina comunitaria in materia di produzione e commercializzazione degli alimenti e dei mangimi. La legislazione alimentare comunitaria, attualmente vigente, trova la sua base in un regolamento di carattere generale, il regolamento 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»¹, al quale si collegano altri atti legislativi, regolamenti, direttive e decisioni che disciplinano specifici ambiti della legislazione alimentare.

Il regolamento n. 178/2002 costituisce il primo atto legislativo del nuovo approccio comunitario alla sicurezza nel consumo alimentare, maturato alla

¹ In *Guce* n. L 31 del 1° febbraio 2002. Una prima lettura organica del regolamento in AA.VV., *La sicurezza alimentare nell'Unione europea (reg. n. 178/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio)*, in *Nuove leggi civ. Comm.*, 2003, p. 114. Per una prima introduzione alla legislazione alimentare: A. ALEMANNI, *Trade in Food, Regulatory and Judicial Approaches in the EC and the WTO*, London, Cameron and May, 2007; L. COSTATO, *Compendio di diritto alimentare*, Padova, Cedam, 2007; F. CAPELLI - V. SILANO - B. KLAUS, *Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*, Milano, Giuffrè, 2006; O'ROURKE, *European Food Law*, Londra, Sweet and Maxwell, 2005; V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti, profili civili, penali e amministrativi*, Padova, Cedam, 2003; G. NICOLINI, *Il prodotto alimentare: sicurezza e tutela del consumatore*, Padova, Cedam, 2003; S. VENTURA, *Principi di diritto dell'alimentazione*, Milano, Franco Angeli, 2001 e S. FOÀ, *Il fondamento europeo del diritto alla salute: competenze istituzionali e profili di tutela*, Milano, Giuffrè, 1998.

luce del Trattato di Maastricht² e impostosi nell'agenda politica comunitaria dopo gli scandali alimentari dell'ultimo decennio³. Con esso si sono formalizzati i principi generali della «legislazione alimentare»⁴ (artt. 5-10), definiti gli obblighi generali di sicurezza per gli operatori del settore (artt. 11-20), istituita l'Autorità europea per la sicurezza alimentare⁵ (artt. 22-49) e si sono, inoltre, delineate le regole generali in materia di importazione ed esportazione di alimenti e mangimi (artt. 11-13)⁶ e le procedure applicabili alle situazioni di emergenza alimentare (artt. 50-57).

Il regolamento n. 178/2002 fornisce la cornice all'interno della quale le istituzioni comunitarie hanno intrapreso una profonda riforma della legislazione in materia di produzione e commercializzazione di alimenti, con particolare riferimento all'igiene e alla sicurezza dei prodotti alimentari e dei processi produttivi⁷, da un lato, ed all'etichettatura e alla presentazione⁸, dall'al-

² Cfr. T. HERVEY, *Mapping the Contours of European Union Health Law and Policy*, in *Eur. Publ. Law*, 2002, p. 8. In argomento anche D. CHALMERS, *Food for Thought: Reconciling European Risks and Traditional Ways of Life*, in *Modern Law Review*, 2003, 66, p. 532; L. COSTATO, *Una ricognizione sui principi fondanti del diritto alimentare*, in *Riv. dir. agr.*, 2005, I, p. 206 ss.

³ Una dettagliata ricostruzione storica della genesi dell'attuale legislazione alimentare comunitaria si può leggere in A. ALEMANNI, *Trade in Food*, cit. supra, nota 1, p. 33-72. La "nuova" politica alimentare europea, a tutt'oggi ancora in itinere, è tratteggiata nel *Libro verde della Commissione sui principi generali della legislazione in materia alimentare nell'Unione europea* (Com (1997) 176 def.) e nel *Libro Bianco sulla Sicurezza Alimentare* del 12 gennaio 2000 (Com(1999)719 def.).

⁴ Il regolamento n. 178/2002 fornisce una definizione *ad hoc* di legislazione alimentare: in base all'art. 3, n. 1 del regolamento n. 178/2002, la legislazione alimentare è l'insieme delle «leggi, regolamenti e disposizioni amministrative riguardanti gli alimenti in generale, e la sicurezza degli alimenti in particolare, sia nella Comunità che a livello nazionale» relativa a «tutte le fasi di produzione, trasformazione e distribuzione degli alimenti e anche dei mangimi prodotti per gli animali destinati alla produzione alimentare o ad essi somministrati». Per alcune conseguenze si veda L. COSTATO, *Dal mutuo riconoscimento al sistema europeo di diritto alimentare: il Regolamento 178/2002 come regola e programma*, in *Riv. dir. agr.*, 2003, p. 289; ID., *Il Regolamento 178/2002 e la protezione dei consumatori di alimenti*, in *Riv. dir. agr.*, 2002, p. 61.

⁵ All'Autorità per la sicurezza alimentare è assegnata la funzione di «valutazione del rischio» e non anche, come invece nel caso della U.S. *Food and Drug Administration*, quella di gestione dello stesso, funzione questa che, all'interno del mercato unico, compete all'autorità pubblica (principalmente alla Commissione ed alle autorità nazionali). In argomento: A. ALEMANNI, *Trade in Food*, cit. supra, nota 1, p. 83-104 e p. 161-295; M. POTO - E. ROLANDO e C. ROSSI, *La sicurezza alimentare tra Unione Europea, Stato e Regioni dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2006; M. BENOZZO, *Tutela della salute, mercato interno e dinamiche internazionali: le regole della food safety negli Stati Uniti d'America*, in *Contratto Impresa/Europa*, 2006, p. 390 e S. CASSESE, *Per un'autorità nazionale della sicurezza alimentare*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2002.

⁶ In base al considerando n. 23 del regolamento n. 178/2002 la Comunità «contribuisce all'elaborazione di norme internazionali a sostegno della legislazione alimentare e sostiene i principi del libero commercio di mangimi sicuri e di alimenti sani e sicuri in maniera non discriminatoria, all'insegna di pratiche commerciali leali e moralmente corrette». In argomento A. ALEMANNI, *Trade in Food*, cit. supra, nota 1, p. 227 ss. e J. I. CARREÑO GARCÍA, *Agricultural in WTO Law*, in B. O'CONNOR, *TBT and Agriculture*, London, Cameron and May, 2005.

⁷ Relativamente al profilo dell'igiene delle produzioni alimentari, la disciplina applicabile dal 1° gennaio 2006 è contenuta in un insieme di regolamenti e alcune direttive, conosciuto anche come «pacchetto igiene». Più precisamente le principali fonti comunitarie sull'igiene alimentare sono le seguenti: il regolamento n. 853/2004/Ce, «sull'igiene dei prodotti alimentari», il regolamento n. 854/2004/Ce, «che stabilisce norme specifiche in materia d'igiene per gli alimenti di origine animale», il regolamento n. 854/2004/Ce, «che stabilisce norme specifiche per l'organizzazione di controlli ufficiali sui prodotti di origine animale destinati al consumo umano», il regolamento n. 882/2004/Ce,

tro. Questa riformulazione della disciplina comunitaria in materia di produzione e commercializzazione di prodotti alimentari non sarebbe stata praticabile se il diritto comunitario non si fosse dotato di principi generali propri della legislazione alimentare. Questi sono indicati chiaramente dal regolamento n. 178/2002: l'analisi del rischio (art. 6), il principio di precauzione (art. 7), la tutela degli interessi dei consumatori (art. 8), la trasparenza nella elaborazione della legislazione alimentare (art. 9) e l'informazione del consumatore (art. 10). Pur in assenza di una scala gerarchica, l'analisi del rischio sembra assurgere ad un ruolo pregnante: il *risk analysis* diventa nel testo del regolamento n. 178/2002 principio generale della legislazione alimentare; di più, esso è il primo principio nell'elenco di cui alla sezione I («Principi generali della legislazione alimentare»), del Capo II («Legislazione alimentare generale»), prima del principio di precauzione⁹ e di quello della «tutela degli interessi eco-

«relativo ai controlli ufficiali intesi a verificare la conformità alla normativa in materia di mangimi e di alimenti e alle norme sulla salute e sul benessere degli animali», la direttiva n. 2004/41/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, «che abroga alcune direttive recanti norme sull'igiene dei prodotti alimentari e le disposizioni sanitarie per la produzione e la commercializzazione di determinati prodotti di origine animale destinati al consumo umano e che modifica le direttive n. 89/662/Cee e n. 92/118/Cee del Consiglio e la decisione n. 95/408/Ce del Consiglio». Per la trasposizione in diritto interno della direttiva n. 2004/41 e l'adeguamento nazionale al pacchetto igiene si veda, sin d'ora, il dlgs n. 193 del 6 novembre 2007, recante «Attuazione della direttiva n. 2004/41/Ce relativa ai controlli in materia di sicurezza alimentare e applicazione dei regolamenti comunitari nel medesimo settore», in *Guri* n. 261 del 9 novembre 2007, entrato in vigore il 24 novembre 2007. Per completezza si ricorda che la nuova disciplina comunitaria in materia è altresì composta dal regolamento n. 1935/2004/Ce «riguardante i materiali e gli oggetti destinati a venire a contatto con i prodotti alimentari e che abroga le direttive n. 80/590/Cee e n. 89/109/Cee», dal regolamento n. 183/2005/Ce, «che stabilisce requisiti per l'igiene dei mangimi» e il regolamento (Ce) n. 1774/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 ottobre 2002 «recante norme sanitarie relative ai sottoprodotti di origine animale non destinati al consumo umano» e dalla direttiva n. 2002/99/Ce del Consiglio «che stabilisce norme di polizia sanitaria per la produzione, la trasformazione, la distribuzione e l'introduzione di prodotti di origine animale destinati al consumo umano», recepita nell'ordinamento italiano dal dlgs n. 117 del 27 maggio 2005, recante «Attuazione della direttiva n. 2002/99/Ce che stabilisce norme di polizia sanitaria per la produzione, la trasformazione, la distribuzione e l'introduzione di prodotti di origine animale destinati al consumo umano», in *Guri* n. 152 del 2 luglio 2005. Per un primo inquadramento dei regolamenti comunitari sull'igiene: L. COSTATO, *Compendio di diritto alimentare*, cit. supra, nota 1, p. 413; F. CAPELLI - V. SILANO - B. KLAUS, *Nuova disciplina del settore alimentare*, cit. supra, nota 1 e F. CAPELLI, *La direttiva "Killer" e le sue vittime*, in questa Rivista, 2006, p. 95. Per una lettura tecnica: M. ASTUTI - F. CASTOLDI, *Pacchetto igiene, le nuove norme comunitarie*, Lavis, Edagricole, 2006.

⁹ La disciplina orizzontale è data dalla direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 marzo 2000, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità (in *Guce* n. L 109 del 6 maggio 2000, p. 29 ss. più volte modificata). Anche in questo ambito è dato osservare un procedimento legislativo di revisione come risulta dal *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the provision of food information to consumers*, presentato dalla Commissione il 30 gennaio 2008 (Com(2008) 40 final). Sul tema dell'etichettatura dei prodotti alimentari, senza pretesa di esaustività: L. COSTATO, *Compendio di diritto alimentare*, loc. cit., p. 263 ss.; V. MAGLIO, *La trasparenza dei prodotti alimentari: la funzione dell'etichettatura nella tutela del consumatore*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2001, p. 311 ss.; R. O'ROURKE, *European Food Law*, cit. supra, nota 1, p. 55-74 e p. 129-138; V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti*, cit. supra, nota 1, p. 320-323 e F. CAPELLI, *La sentenza della Corte di Giustizia sul sistema di vendita "bag in the box" per l'olio di oliva: una pronuncia incompleta per il carente apporto del Giudice nazionale e per il mancato intervento dell'Avvocato Generale*, in questa Rivista, 2007, p. 499 ss.

¹⁰ Senza pretesa di completezza: *Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione* del 2 febbraio 2000 (doc. Com(2000)1 non pubblicato nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità*

nomici dei consumatori».

Chiarisce l'art. 6.1 che «la legislazione alimentare si basa sull'analisi del rischio»¹⁰, intesa come una funzione di *decision-making* sistematica ed articolata in tre momenti concettualmente distinguibili ed assegnati a soggetti diversi¹¹. Si tratta della funzione fondante la legislazione alimentare – comunitaria e degli Stati membri – tanto nella fase ascendente (di elaborazione)

europee) e sentenze della Corte di giustizia del 5 maggio 1998 in causa n. C-157/96, *National Farmers Union*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2211 ss. e, in pari data, in causa n. C-180/96, *Regno Unito c. Commissione*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2265 ss., su cui ampiamente A. ALEMANNO, *Trade in Food*, cit. *supra*, nota 1, p. 115-146. Si veda anche L. COSTATO, *La Corte di giustizia, il ravvicinamento delle legislazioni e il principio di precauzione nel diritto alimentare*, in *Dir. e giur. agr. e amb.* 2005, p. 649 e C. BLUMANN - V. ADAM, *La politique agricole commune dans la tourmente: la crise de la "vache folle"*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1997, p. 270; M. P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2006, p. 1 e F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e qualità dell'azione amministrativa*, *ivi*, 2005, p. 1673; G. F. FERRARI, *Biotechnologie e diritto costituzionale*, in R. FERRARA - I. M. MARINO (a cura di), *Gli organismi geneticamente modificati*, Padova, Cedam, 2003; M. P. GIRACCA, *Responsabilità civile e OGM: quali prospettive?*, *ivi*, p. 367. Per una introduzione: H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, Einaudi, 1993; U. BECK, *La società del rischio. Verso una nuova modernità*, Roma, Carocci, 2000; N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano, Mondadori, 1996; P. PELLEGRINO, *Hans Jonas: natura e responsabilità*, Lecce, Edizioni Milella, 1995; U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale*, Padova, Cedam, 2004; N. IRTI - E. SEVERINO, *Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 665.

L'organismo di risoluzione delle controversie in ambito WTO si è interessato più volte del ruolo di questo principio all'interno delle fonti di diritto internazionale; tra le diverse, si rinvia alla decisione resa tra USA e UE sul caso relativo alla carne agli ormoni: *Appellate Body Report, EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, del 13 febbraio 1998 e, più recentemente, in materia di moratoria sull'approvazione di "nuovi prodotti" (*novel food*) contenenti e/o ottenuti da OGM la decisione del *Panel Report - European Communities - measures affecting the approval and marketing of biotech products* - WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R del 29 settembre 2006, entrambi disponibili sul sito dell'OMC al seguente indirizzo web: www.wto.org. In argomento, una prima introduzione in P. T. STOLL - L. STRACK, *Article 5 SPS*, in AA. VV., *WTO - Technical Barriers and SPS Measures*, in R. WOLFRUM - P. T. STOLL - A. S. FOHR (edited by), Boston, Marinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 436 cui adde D. BEVILACQUA, *The EC-Biotech Case, Global v. Domestic Procedural Rules in Risk Regulation: The Precautionary Principle*, in *European Food and Feed Law Review*, 2006, p. 331, S. MALJEAN-DUBOIS, *Biodiversité, biotechnologies, biosécurité: Le droit international désarticulé*, in *Journ. dr. int.*, 2000, p. 948; C. NOIVILLE, *Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce. Le cas du commerce alimentaire*, in *Journ. dr. int.*, 2000, p. 263-297; R. PAVONI, *Misure unilaterali di precauzione, prove scientifiche e autorizzazioni comunitarie al commercio di organismi geneticamente modificati: riflessioni in margine al caso Greenpeace*, in questa *Rivista*, 2000, p. 725-748.

¹⁰ La formulazione completa è la seguente: tranne «quando ciò non sia confacente alle circostanze o alla natura del provvedimento». È stato giustamente notato che questo inciso vada riferito alla situazioni di crisi e di allarme sanitario nelle quali il fattore "tempo" non permette l'esplicazione di una compiuta e puntuale analisi del rischio. Così L. GRADONI, in AA. VV., *La sicurezza alimentare nell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 1, sub art. 6, p. 201.

¹¹ I tre elementi del "processo" di analisi del rischio sono: a. la «valutazione del rischio», processo su base scientifica costituito da quattro fasi: individuazione del pericolo; caratterizzazione del pericolo; valutazione dell'esposizione al pericolo; caratterizzazione del rischio; b. «gestione del rischio», processo, distinto dalla valutazione del rischio, consistente nell'esaminare alternative d'intervento consultando le parti interessate, compiendo scelte di prevenzione e di controllo; c. comunicazione del rischio: scambio interattivo, lungo l'intero arco dell'analisi del rischio, di informazioni e pareri riguardanti gli elementi di pericolo e i rischi, i fattori connessi al rischio e la percezione del rischio, tra i responsabili della gestione, consumatori, imprese alimentari e del settore dei mangimi, comunità accademica ed altri interessati.

quanto discendente, cioè di applicazione delle relative disposizioni¹². Tale collocazione sarebbe peraltro in linea con il ruolo che l'analisi del rischio riceve nella regolamentazione internazionale delle misure sanitarie e fitosanitarie come posta dall'*Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures* nella cornice della Organizzazione Mondiale del Commercio (*World Trade Organization*).

Dal punto di vista generale, il regolamento n. 178/2002 ha inaugurato un processo di concentrazione della responsabilità in capo all'operatore professionale per quanto attiene la sicurezza dei prodotti alimentari; infatti, in taluni Stati membri e con riferimento ad alcuni settori della legislazione alimentare, la responsabilità legale veniva assunta dalle autorità competenti dello Stato membro attraverso lo svolgimento di attività di controllo e ciò in pregiudizio dell'integrazione del mercato unico. Il regolamento n. 178/2002 rovescia tale assetto, stabilendo che «spetta agli operatori del settore alimentare e dei mangimi garantire che nelle imprese da essi controllate gli alimenti o i mangimi soddisfino le disposizioni della legislazione alimentare inerenti alle loro attività in tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione e verificare che tali disposizioni siano soddisfatte» in quanto, si precisa, tali soggetti sono «in grado, meglio di chiunque altro, di elaborare sistemi sicuri per l'approvvigionamento alimentare e per garantire la sicurezza dei prodotti forniti»¹³. A conferma di questo indirizzo il regolamento n. 882/2004, in tema di controlli ufficiali, precisa, all'art. 1.4, che «l'esecuzione dei controlli ufficiali ai sensi del presente regolamento lascia impregiudicata la responsabilità legale, in via principale, degli operatori del settore per la sicurezza dei mangimi e degli alimenti, come previsto dal regolamento (Ce) n. 178/2002 e la responsabilità civile o penale risultante dalla violazione dei loro obblighi».

Corollario ne è il mutamento del ruolo stesso del controllo ufficiale che, oltre alla vigilanza propriamente intesa, è chiamato dal citato regolamento n. 882/2004 allo svolgimento di attività di «audit» inteso come «esame sistema-

¹² In questo senso si suggerisce di leggere l'art. 54 del regolamento n. 882/2004, *cit. supra*, nota 7, a mente del quale «L'autorità competente che individui una non conformità interviene per assicurare che l'operatore ponga rimedio alla situazione. Nel decidere l'azione da intraprendere, l'autorità competente tiene conto della natura della non conformità e dei dati precedenti relativi a detto operatore per quanto riguarda la non conformità». Tra i presupposti per l'esercizio del poterdovere che l'art. 54 ascrive al controllo ufficiale per il caso di non conformità, vi è il riferimento alla «natura della non conformità» che sembra potersi intendere come un richiamo forte al principio base secondo cui la legislazione alimentare è basata sull'analisi del rischio e quindi la sua applicazione deve essere scientificamente fondata e, pare potersi dire, anche proporzionata allo scopo. Il secondo limite (*dati precedenti*) tende a valorizzare il comportamento virtuoso, legittimando indirettamente un atteggiamento "premiale" del controllo ufficiale. In tal modo il quadro storico dell'impresa diventa elemento di valutazione nel trattamento della non conformità e, come tale, dovrebbe rappresentare uno stimolo per un agire diligente e conforme alla legislazione vigente nel settore alimentare. Il confronto tra questa disposizione e quella corrispondente nella legislazione previgente (art. 11 del dlgo n. 123/1993, abrogato dall'art. 3 del dlgo n. 193/2007, ad eccezione degli artt. 4 e 2, comma 3) evidenzia la significativa evoluzione dei poteri dell'autorità di controllo.

¹³ Cfr. rispettivamente art. 17.1 e *considerando* n. 30 del regolamento n. 178/2002.

tico e indipendente per accertare se determinate attività e i risultati correlati siano conformi alle disposizioni previste, se tali disposizioni siano attuate in modo efficace e siano adeguate per raggiungere determinati obiettivi».

In questa prospettiva non può trascurarsi di considerare come il potere assegnato al controllo ufficiale sia decisamente più ampio rispetto a quanto previsto in precedenza: basta considerare che il regolamento n. 882/2004 (art. 54) assegna all'autorità competente (nazionale) la potestà di disporre azioni correttive (*rectius*, atti amministrativi) per porre rimedio alla «non conformità». Conseguenza che si somma a quella più tradizionale e consistente nella applicazione di sanzioni afflittive. Questo elemento conferma che l'autorità di controllo è depositaria di poteri di controllo e anche di un ruolo di supporto dell'impresa alimentare verso la piena conformità alla legislazione alimentare. Ne deriva che il forte richiamo che il regolamento n. 882/2004 compie all'aggiornamento ed alla professionalità del controllo ufficiale assume una direzione ben precisa.

È utile poi sottolineare che la nozione di «non conformità», al cui riscontro sorge la sanzionabilità ex art. 55 ma anche l'adozione dei provvedimenti ex art. 54 del regolamento n. 882/2004, non è riferita al solo profilo di sicurezza alimentare ma è, al contrario, estesa anche al profilo della conformità alla legislazione in tema di protezione del consumatore alimentare. In tal senso l'art. 1.1. (Oggetto e campo di applicazione) del regolamento n. 882/2004 secondo cui «Il presente regolamento fissa le regole generali per l'esecuzione dei controlli ufficiali intesi a verificare la conformità alle normative volte, segnatamente, a: a. prevenire, eliminare o ridurre a livelli accettabili i rischi per gli esseri umani e gli animali, siano essi rischi diretti o veicolati dall'ambiente; e b. garantire pratiche commerciali leali per i mangimi e gli alimenti e tutelare gli interessi dei consumatori, comprese l'etichettatura dei mangimi e degli alimenti e altre forme di informazione dei consumatori». Da tale disposizione dovrebbe trarsi una conseguenza di non secondaria importanza: le azioni correttive che l'Autorità competente deve predisporre ex art. 54 del regolamento n. 882/2004 riguardano anche la disciplina dell'etichettatura, presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari¹⁴.

Tornando alla posizione di garanzia gravante – come detto – in via principale sull'operatore privato, le disposizioni della legislazione alimentare impongono un insieme di obblighi di conformità, tanto del prodotto quanto del processo produttivo, posti a tutela della salute pubblica (ad esempio, la disciplina igienico-sanitaria) e/o a garanzia delle aspettative del consumatore.

Più precisamente, gli obblighi desumibili dagli artt. 14 ss. del regolamen-

¹⁴ Per una riflessione sul punto: D. PISANELLO, *Denominazioni di origine ed indicazioni geografiche protette tra diritto industriale e diritto alimentare: il caso Parmesan II*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2008, p. 389-414.

to sulla sicurezza alimentare, vigenti a far data dal 1° gennaio 2005¹⁵, possono essere sintetizzati nelle seguenti categorie generali: *a.* obbligo di conformità del prodotto alimentare ai requisiti di sicurezza (artt. 14 e 17 del regolamento n. 178/2002); *b.* obblighi di rintracciabilità (art. 18 del regolamento n. 178/2002)¹⁶; *c.* obblighi comportamentali nel caso di crisi alimentari (art. 19 del regolamento n. 178/2002).

Primo obbligo incombente sui produttori e distributori di alimenti è quello di garantire la conformità legale dei prodotti di cui essi fanno commercio. All'interno di questo ampio dovere, assume primaria importanza l'obbligo di immettere sul mercato solo «prodotti sicuri»¹⁷, spettando ad essi garantire che

¹⁵ Cfr. art. 65, comma 2°, del regolamento n. 178/2002. Tali obblighi sono presidiati nell'ordinamento italiano, con decorrenza dal 7 giugno 2006, dalle sanzioni amministrative previste dal dlgs n. 190 del 5 aprile 2006, recante «Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni di cui al Regolamento (Ce) n. 178/2002 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 *Guri* n. 118 del 23 maggio 2006, applicabili laddove lo stesso fatto non dia luogo a profili di responsabilità penale; in ogni caso, le disposizioni degli articoli del regolamento generale sulla sicurezza alimentare (o di altre fonti "verticali") valgono a definire quelle buone prassi operative, finendo così per evidenziare eventuali condotte sanzionabili a titolo di colpa. Sulle posizioni di garanzia proprie dell'operatore alimentare ed il quadro sanzionatorio di cui al decreto da ultimo citato sia consentito il rinvio a D. PISANELLO, *La disciplina sanzionatoria per la violazione degli obblighi generali di sicurezza ex art. 18, 19 e 20 reg. 178/2002*, in *Alimenta* nn. 6/2006 e 7-8/2006. Sul tema della imputabilità delle sanzioni, penali e amministrative, previste per le violazioni alla legislazione alimentare, per tutti, V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti*, cit. *supra*, nota 1, p. 525. In tema di sanzioni amministrative, da ultimo, A. CARATTO, *L'opposizione alle sanzioni amministrative, Profili tecnico-pratici*, Lavis, Wolters Kluwer Italia, 2008.

¹⁶ Questo obbligo, fissato dall'art. 18 del regolamento n. 178/2002, è relativo alla c.d. "rintracciabilità", termine con il quale si indica la «possibilità di ricostruire e seguire il percorso di un alimento, di un mangime, di un animale destinato alla produzione alimentare o di una sostanza destinata o atta ad entrare a far parte di un alimento o di un mangime, attraverso tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione» (cfr. art. 3, n. 15 regolamento n. 178/2002). Introdotta inizialmente per il solo comparto delle carni bovine, colpito dalla "crisi della mucca pazza" (regolamento n. 1760/2000/Ce, in *Guce* n. L 204 dell'11 agosto 2000), la funzione di "rintracciabilità", prevista dal regolamento n. 178/2002 come obbligo generale per tutti gli operatori professionali del settore, costituisce uno strumento di sicurezza alimentare in quanto permette di poter procedere a «ritiri» mirati e precisi o fornire informazioni ai consumatori o ai funzionari responsabili dei controlli. La rintracciabilità è intesa dal regolamento sulla sicurezza alimentare secondo l'approccio "un anello a monte e un anello a valle" (*one step back, one step forward*) ed implica per l'impresa la predisposizione di sistemi e procedure per individuare "chi abbia loro fornito cosa" e a quali imprese abbia a sua volta fornito i propri prodotti. Due sono i limiti della previsione della rintracciabilità nel dettato del regolamento n. 178/2002: l'art. 18 non riguarda, almeno formalmente, la rintracciabilità interna, cioè il flusso di materie prime e componenti all'interno del processo produttivo di una singola impresa alimentare; sul versante a valle, poi, i sistemi e le procedure di tracciabilità riguardano le imprese, e non anche il consumatore, ai quali si siano forniti i prodotti. Norme speciali sono dettate per la tracciabilità dei prodotti costituenti o contenenti organismi geneticamente modificati (OGM) dal regolamento (Ce) n. 1830/03 del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 settembre 2003 concernente la tracciabilità e l'etichettatura di organismi geneticamente modificati e la tracciabilità di alimenti e mangimi ottenuti da organismi geneticamente modificati, nonché recante modifica della direttiva n. 2001/18/Ce, in *Gu-Ue* n. L 268 del 18 ottobre 2003.

¹⁷ Tale previsione è la specificazione, nella materia alimentare, del generale obbligo sancito dalla direttiva n. 2001/95/Ce relativa alla sicurezza generale dei prodotti, in *Guce* n. L 11 del 15 gennaio 2002. La direttiva n. 2001/95, all'art. 22 abroga, sostituendola, la direttiva n. 92/59/Cee, recepita in Italia con dlgs n. 115/1995 «Attuazione della direttiva n. 92/59/Cee relativa alla sicurezza generale dei prodotti», in *Guri* n. 92 del 20 aprile 1995, disciplina oggi confluita nel «Codice del consumo, a norma dell'art. 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229» di cui al dlgs n. 206/2005, in *Guri* n. 235 dell'8 ottobre 2005. In argomento G. PONZANELLI, *Regole economiche e principi giu-*

gli alimenti o i mangimi soddisfino le disposizioni della legislazione alimentare applicabile nelle diverse fasi ed attività di produzione, trasformazione, trasporto, magazzinaggio, custodia e distribuzione finale. Si richiede, in altri termini, che le imprese alimentari siano in grado di dimostrare all'autorità di controllo che esse monitorano e controllano¹⁸ la conformità ai requisiti posti, che sono *à la fois* legislativi, microbiologici, tecnologici, ecc.

Il contenuto dell'obbligo di conformità qui in esame è da determinarsi avendo come riferimento, da un lato, la legislazione orizzontale (precisamente, i requisiti di sicurezza di cui all'art. 14 del regolamento n. 178/2002), dall'altro, i requisiti specifici posti negli allegati tecnici del regolamento n. 852/2004 (sull'igiene degli alimenti in generale) e del regolamento n. 853/2004 (sull'igiene per gli alimenti di origine animale) o altre normative (ad esempio, le discipline sui residui).

Dal punto della legislazione orizzontale, nozione centrale è, oltre alla definizione di «alimento»¹⁹, quella di «alimento a rischio»: la presenza nel cir-

ridici a confronto: il caso della responsabilità del produttore e della tutela dei consumatori, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, II, p. 545; A. ALBANESE, *La sicurezza generale e la responsabilità del produttore nel diritto italiano ed europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 977 ed anche lo studio del *Centre de Droit de la Consommation*, Louvain-la-Neuve, "Mise en oeuvre pratique de la Directive 92/59/CEE du Conseil relative à la sécurité générale des produits", febbraio 2002, condotto su incarico della Commissione ed ampiamente richiamato nella Relazione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'esperienza acquisita nell'applicazione della direttiva n. 92/59/Cee relativa alla sicurezza generale dei prodotti, doc. Com(2000)140 def.

¹⁸ Sembra opportuno segnalare che il termine «controllo», in questa sede, debba essere inteso come corrispondente al significato del termine inglese *control* che, nella terminologia propria del settore, indica qualcosa di più del semplice monitoraggio comprendendo anche ciò che in lingua italiana si suole indicare col termine «gestione».

¹⁹ La definizione di alimento è data dall'art. 2 del regolamento n. 178/2002 secondo la quale è «alimento» «qualsiasi sostanza o prodotto trasformato, parzialmente trasformato o non trasformato, destinato ad essere ingerito, o di cui si prevede ragionevolmente che possa essere ingerito, da esseri umani», comprese, tra l'altro, «le bevande, le gomme da masticare e qualsiasi sostanza, compresa l'acqua, intenzionalmente incorporata negli alimenti nel corso della loro produzione, preparazione o trattamento». Oltre alla questione della qualificazione degli animali vivi come alimento, esclusa dall'art. 2.3 lett. b. del regolamento n. 178/2002 ma ammessa in alcuni precedenti della giurisprudenza penale italiana (in argomento, ampiamente, V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti*, cit. supra, nota 1, p. 8), nella pratica si pongono non di rado problemi di identificazione della disciplina applicabile, in particolare quando oggetto d'indagine siano prodotti al confine tra l'alimento e il farmaco ("alicamento"). Sulla distinzione la giurisprudenza della Corte di giustizia ha avuto modo di precisare che «per poter distinguere un medicinale da una derrata alimentare, l'autorità nazionale competente procede a una decisione caso per caso, tenendo conto di tutte le caratteristiche del prodotto tra le quali la composizione, le proprietà farmacologiche, le modalità d'uso, l'ampiezza e diffusione, la conoscenza presso i consumatori, i rischi eventualmente connessi», chiarendo che, dal punto di vista comunitario «nulla vieta che uno stesso prodotto sia qualificato come alimento in uno Stato membro e come medicinale in un altro e quindi necessariamente soggetto alla autorizzazione al momento della importazione in questo secondo stato membro» precisando che nei casi di concorso delle discipline «si applica solo la disciplina dei medicinali» (cfr. sentenza del 9 giugno 2005 in cause riunite n. 211/03, n. 299/03, n. 316/03 e n. 318/03, *HLH Warenvertriebs GmbH e altri*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 5141). In senso analogo la direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano che all'art. 2.2 precisa che «In caso di dubbio, se un prodotto, tenuto conto dell'insieme delle sue caratteristiche, può rientrare contemporaneamente nella definizione di «medicinale» e nella definizione di un prodotto disciplinato da un'altra normativa comunitaria, si applicano le disposizioni della presente direttiva». Per una prima lettura della definizione generale di alimento si veda

cuito commerciale di un alimento che «non sia conforme ai requisiti di sicurezza degli alimenti» (art. 19.1 del regolamento n. 178/2002) fa sorgere una serie di obblighi in capo all'operatore alimentare²⁰.

L'art. 14.1 del regolamento n. 178/2002 stabilisce che «gli alimenti a rischio non possono essere immessi sul mercato», dovendosi stimare la sicurezza in base a due parametri: le condizioni d'uso normali dell'alimento da parte del consumatore in ciascuna fase della produzione, della trasformazione e della distribuzione e, secondo elemento, in base alle informazioni rese in etichetta o altre informazioni generalmente accessibili al consumatore sul modo di evitare specifici effetti nocivi per la salute provocati da un alimento o categoria di alimenti²¹.

Quest'ultima precisazione rende manifesto che, nell'ottica di una efficace riduzione del rischio sanitario ma anche del rischio di responsabilità civile, la progettazione del prodotto rientra a pieno titolo nella diligenza, perizia e prudenza esigibili nei confronti dell'operatore professionale. È inoltre di palmare evidenza che il «prodotto» non può più essere considerato esclusivamente nella sua nuda materialità ma anche nella componente di «servizio», intendendosi per tale l'etichettatura e la documentazione di accompagnamento obbligatoria *ope legis*, l'impiego di tecnologia e l'apposizione di segni distintivi, le indicazioni nutrizionali, come pure i servizi *post-vendita*, in cui sono da comprendere i servizi di *customer's care*, l'assistenza in garanzia ed anche i servizi connessi al ritiro e/o all'allerta lungo la filiera.

Più precisamente, la nozione di «alimento a rischio» è declinata dal regolamento n. 178/2002 in due categorie generali: quella degli «alimenti dannosi per la salute» (art. 14.4) e quella costituita dagli alimenti «inadatti al consumo umano» (art. 14.5)²².

I. CANFORA, in AA. VV., *La sicurezza alimentare nell'Unione europea*, cit. supra, nota 1, sub art. 2, p. 147. Per una disamina della nozione di alimento e delle sottocategorie a questa afferenti (integratori alimentari, alimenti destinati ad una alimentazione particolare, arricchiti, OGM, *novel food*, si veda F. CAPELLI - V. SILANO - B. KLAUS, *Nuova disciplina del settore alimentare*, cit. supra, nota 1, p. 238-266. Sul punto, già prima del regolamento n. 178/2002, la Corte di appello di Milano aveva riservato la «qualificazione di alimento per l'uomo e la relativa disciplina non solo al prodotto rappresentativo di principi nutrizionali utili o indispensabili al sostentamento, ma a qualsiasi prodotto naturale o industriale destinato ad essere ingerito, sotto qualsiasi forma, anche a prescindere dalla rispondenza a finalità di nutrimento» (sent. C. App. del 29 ottobre 1999, *Beccarini e altro*, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2000, p. 26).

²⁰ Per l'art. 3, n. 3, regolamento n. 178/2002 è «operatore del settore alimentare», «la persona fisica o giuridica responsabile di garantire il rispetto delle disposizioni della legislazione alimentare nell'impresa alimentare posta sotto il suo controllo». Per l'art. 3, n. 2, del regolamento n. 178/2002 è «impresa alimentare»: «ogni soggetto pubblico o privato, con o senza fini di lucro, che svolge una qualsiasi delle attività connesse ad una delle fasi di produzione, trasformazione e distribuzione degli alimenti». Può essere interessante anche sottolineare che molti degli obblighi di sicurezza, e anche le previsioni sanzionatorie previste dalla legislazione italiana siano rivolte all'operatore del settore alimentare come definito dal regolamento comunitario.

²¹ Cfr. art. 14.3, lett. a. e b. del regolamento n. 178/2002.

²² In entrambi i casi si tratta di categorie che necessitano evidentemente di ulteriori specificazioni fornite dalla legislazione verticale (di prodotto), integrate con le decisioni che la Commissione europea può prendere a seguito dell'attività di valutazione del rischio svolta in seno all'EFSA.

È stato osservato che la disposizione dell'art. 14.4 contiene elementi di incertezza interpretativa nella misura in cui, fornendo la qualificazione di alimento dannoso, rinvia ai «probabili effetti immediati e/o a breve termine, e/o a lungo termine dell'alimento sulla salute di una persona che lo consuma, ma anche su quella dei discendenti» ma anche a «probabili effetti tossici cumulativi di un alimento» e alla «particolare sensibilità, sotto il profilo della salute, di una specifica categoria di consumatori, nel caso in cui l'alimento sia destinato ad essa». Questi criteri sono stati ritenuti «assolutamente ambigui» e il più delle volte sconosciuti all'operatore alimentare, giungendosi così alla osservazione in forza della quale la diligenza richiesta all'operatore privato andrebbe ben oltre la soglia della prevenzione per sconfinare nel campo della precauzione²³. Tale conclusione sconta però dei profili criticabili: in primo luogo i canoni indicati dall'art. 14.4 del regolamento n. 178/2002 paiono più correttamente destinati a fornire la cornice di riferimento alle autorità pubbliche incaricate del monitoraggio e del controllo dei rischi, anche emergenti, nel consumo alimentare²⁴. I canoni sopra richiamati avrebbero come destinatari naturali l'EFSA, in sede di valutazione del rischio (cioè nella fase propeudetica alla definizione dei requisiti che saranno poi specificati dalla normativa verticale di prodotto), e l'autorità competente del *risk treatment* a livello nazionale o comunitario.

Con riserva di verificare l'affermazione qui esaminata anche dal punto di vista della responsabilità del produttore, la casistica giurisprudenziale consiglia di ritenere la diligenza richiesta all'operatore privato del settore alimentare come rientrante pur sempre nell'alveo della prevenzione, connessa quindi

L'inadeguatezza all'uso si stima comparando le caratteristiche dell'alimento rispetto all'uso previsto, valutandosene l'inaccettabilità per il consumo umano a seguito di *contaminazione dovuta a materiale estraneo o ad altri motivi, o in seguito a putrefazione, deterioramento o decomposizione*. Quest'ultima definizione non può non richiamare alla mente alcune ipotesi di reato previste dalla legge n. 283 del 30 aprile 1962 «Modifica degli artt. 242, 243, 247, 250 e 262 del t.u. delle leggi sanitarie approvato con r.d. 27 luglio 1934, n. 1265. Disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande» e il dpr n. 327 del 26 marzo 1980 recante il regolamento di attuazione. Come noto, le violazioni previste come reato da questa legge, ad eccezione degli artt. 5, 6 e 12, sono state trasformate in illeciti amministrativi soggetti alle sanzioni di cui agli artt. 2 (Sanzioni amministrative pecuniarie) e 3 (Sanzioni amministrative accessorie) del dlgs n. 507 del 30 dicembre 1999. Per una prima introduzione alla depenalizzazione dei reati alimentari, prime note in I. NACCI, *Depenalizzazione: la l. n. 205/1999, un passo in avanti nella lunga opera di snellimento del sistema sanzionatorio penale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 4-5, p. 1203; C. PIERGALLINI, *Depenalizzazione e riforma del sistema sanzionatorio nella materia degli alimenti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 4, p. 1450; O. DI GIOVINE, *La nuova legge delega per la depenalizzazione dei reati minori tra istanze deflative e sperimentazione di nuovi modelli*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 4, p. 1407; A. BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, p. 485; ID., *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, in *Cass. pen.*, 1996, 3, p. 995.

²³ Così F. BRUNO, in *La sicurezza alimentare nell'Unione europea*, cit. supra, nota 1, sub art. 14, p. 245. Si vuol sin d'ora notare che l'accennata tesi finirebbe per comportare delle interferenze con l'eccezione dei rischi di sviluppo prevista dalla direttiva europea n. 85/374.

²⁴ Sul punto, in particolare. M. P. CHITI, *Il rischio sanitario*, cit. supra, nota 9, e F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione*, cit. supra, nota 9.

ad uno stato definito e misurabile del rischio, nel quale le conseguenze dell'agire umano sono comunque prevedibili secondo lo stato dell'arte e della scienza proprio di un dato momento storico. Non a caso alla «prevenzione» continua correttamente a far riferimento la giurisprudenza penale in tema di reati alimentari²⁵. Come si vedrà, anche sotto il profilo della responsabilità civile, si dovrebbe giungere a soluzione analoga.

L'entrata in vigore del regolamento n. 178/2002, unitamente agli ulteriori interventi legislativi in materia, ha comportato una concentrazione delle competenze legislative in capo alle istituzioni comunitarie (Consiglio e Parlamento da un lato, Commissione, Comitati in essa costituiti ed Autorità Europea per la Sicurezza Alimentare, dall'altro)²⁶. Ciò non esclude, tuttavia, che gli Stati membri mantengano margini di intervento: il regolamento n. 178/2002, in materia di sicurezza alimentare, è infatti basato sugli artt. 37, 95, 133 e 152, par. 4, lett. b., del Trattato e conseguentemente gli Stati membri possono adottare misure di protezione della salute anche successivamente all'adozione di un atto di armonizzazione comunitaria, ad esempio sospendendo la circolazione di un alimento a condizione che ciò non costituisca una discriminazione nei confronti dei prodotti di altri Stati membri e che tale provvedimento nazionale sia notificato alla Commissione²⁷.

In secondo luogo, la nuova disciplina igienica degli alimenti demanda alla legislazione nazionale la regolamentazione di numerosi aspetti: è il caso della identificazione dell'autorità competente per i controlli ufficiali sugli alimenti (art. 4 del regolamento n. 882/2004) e la definizione delle «regole in materia di sanzioni» (art. 55 del regolamento n. 882/2004). In terzo luogo, la legislazione comunitaria demanda espressamente alla competenza nazionale la disciplina delle deroghe a favore delle "piccole attività", escluse dall'applica-

²⁵ Da ultimo, v. sent. Cass. pen., sez. III, sentenza n. 547/08, pubblicata in *Alimenta*, 2/2008 con riferimento all'applicazione dell'art. 5, lett. g. e art. 6 della l. n. 283/1962 a carico di un distributore finale di alimenti contaminati dal Sudan I, colorante non ammesso nelle derrate alimentari: il giudice penale, respingendo il ricorso dell'operatore, ha precisato che «è dovere di chi pone in commercio un prodotto accertarsi che questo non contenga additivi vietati e pericolosi» e che «il rivenditore avrebbe dovuto provvedere al «recall» anche se venuto a conoscenza della pericolosità del "Sudan I", possibilmente contenuto nel peperoncino, in un momento successivo allo smercio del prodotto presso dettaglianti», confermando la costante giurisprudenza in materia di responsabilità «con riferimento alla omissione dei controlli e della cautele che gravavano sull'imputato al fine di garantire la corrispondenza del prodotto destinato alla distribuzione, alle norme di legge, ai sensi dell'art. 5 L. n. 283/62» sussistendo esclusione di responsabilità solo allorché le violazioni contestate siano dovute a «cause indipendenti dalla sua volontà e, cioè, quando risulti provato che lo stesso ha compiuto quanto era necessario per la osservanza delle norme sicché la violazione appaia determinata da errore inevitabile, identificabile nella forza maggiore e nel caso fortuito (Cass. n. 5950/97; n. 2556/97), non ricorrenti, nella specie, per il solo fatto che il commerciante indiano dell'additivo chimico in questione avesse rilasciato la dichiarazione 27 maggio 2003, come osservato dal giudice di merito». Nel caso *de quo* il pericolo connesso al consumo del contaminante era noto ben prima della contestazione ed oggetto di specifici provvedimenti nazionali e comunitari di interdizione del relativo commercio e utilizzo nelle derrate alimentari.

²⁶ T. BERNAUER - L. CADUFF, *European Food Safety: Multilevel Governance, Re-Nationalization or Centralization?*, in *CIS (Center for Comparative and International Studies)*, 3/2004.

²⁷ Cfr. L. COSTATO, *Compendio di diritto alimentare*, cit. *supra*, nota 1, p. 27 s. e p. 144.

zione del pacchetto igiene, delle modalità di registrazione e riconoscimento degli stabilimenti, della quantificazione delle tariffe da corrispondere per l'attività di controllo ufficiale degli alimenti, della individuazione dei requisiti di accesso dei laboratori di analisi, della stesura e dell'attuazione di un piano nazionale di controllo, delle modalità di formazione del personale del settore.

È comprensibile che il rapido succedersi di questo consistente insieme normativo, imperniato su principi e regole in parte divergenti da quelli invalsi a livello italiano, abbia posto sotto pressione gli organi deputati al controllo ufficiale²⁸. Dal punto di vista del diritto interno, l'attuale art. 117 della Costituzione assegna la materia dell'alimentazione e della tutela della salute alla competenza concorrente di Stato e regioni di modo che il primo predispone la normativa di principio mentre le regioni dovrebbero fissare le norme attuative²⁹. In questo assetto "multicentrico", lo strumento di raccordo tra i due livelli, statale e regionale, è la Conferenza Permanente Stato-Regioni al cui interno, infatti, diverse linee guida sono state elaborate con riferimento ai regolamenti n. 852/2004, n. 853/2004, n. 854/2004, n. 882/2004 e n. 2073/2005. Tali atti, come noto, non hanno forza di legge ma rappresentano una linea d'indirizzo che le singole regioni s'impegnano a tradurre, ciascuno per le rispettive competenze, in atti cogenti. In altri termini la disciplina vigente deve essere desunta, mediante una non facile opera di coordinamento, dall'ordinamento comunitario, da quello statale (per quanto riguarda i principi generali) e dalla legislazione regionale³⁰.

A livello nazionale, ad esempio, l'applicazione del c.d. pacchetto igiene è stata di fatto paralizzata dal ritardo del legislatore interno nel dare recepimen-

²⁸ Numerose ed autorevoli sono le denunce di un quadro legislativo nazionale che dai più non si cessa di definire irrazionale. Per tutti E. CASETTA, *Infrizioni e sanzioni in materia di etichettatura dei prodotti alimentari*, Rimini, Maggioli Editore, 1984, il quale osservava che «auspicare che il legislatore provveda con urgenza a dare ad una materia così delicata ed importante, finalmente, una disciplina chiara, organica e razionale, è null'altro che esprimere una esigenza oramai indilazionabile».

²⁹ Sul tema prime note in: C. PINELLI, *I limiti generali della potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento comunitario*, in AA.VV., *Le modifiche del titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 194; R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3/2001: note sparse in tema di potestà legislativa e amministrativa*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1240; ID., *Riforma della riforma, potestà ripartita, interesse nazionale*, *ivi*, 2003, p. 547; G. VERDE, *Alcune considerazioni sulla potestà legislativa statale e regionale nel nuovo art. 117 Cost.*, in *Dir. soc.* 2002, p. 581; L. MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle "materie trasversali": dalla sentenza n. 282 alla n. 407/2002*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2951; R. FERRARA, *Unità dell'ordinamento giuridico e principio di sussidiarietà: il punto di vista della Corte Costituzionale*, in *Foro it.*, 2004, II, c. 1003.

³⁰ Il principio in parola è ribadito, nella materia igienico-sanitaria, dall'art. 9 del dlgs n. 193/2007, *cit. supra*, nota 7, recante la «clausola di cedevolezza» secondo la quale «in relazione a quanto disposto dall'art. 117, quinto comma, della Costituzione e dall'art. 16, comma 3, della legge 4 febbraio 2005, n. 11, le disposizioni del presente decreto legislativo riguardanti ambiti di competenza legislativa delle regioni e delle province autonome si applicano, nell'esercizio del potere sostitutivo dello Stato e con carattere di cedevolezza, a decorrere dalla scadenza del termine stabilito per l'attuazione della direttiva oggetto del presente decreto legislativo, nelle regioni e nelle province autonome nelle quali non sia ancora stata adottata la normativa di attuazione regionale o provinciale e perdono comunque efficacia dalla data di entrata in vigore di quest'ultima, fermi restando i principi fondamentali ai sensi dell'art. 117, comma terzo, della Costituzione».

to alla direttiva n. 2004/41 e nel prevedere le misure di raccordo necessarie per la pratica applicazione dei regolamenti sull'igiene (*in primis* la designazione della autorità competente). Con quasi un anno di ritardo, il già citato dlgs n. 193/2007 nel predisporre l'adeguamento alle disposizioni comunitarie in materia d'igiene alimentare, ha individuato come autorità competenti il Ministero della salute, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano e le Aziende unità sanitarie locali, nell'ambito delle rispettive competenze.

Inoltre il dlgs n. 193/2007 ha abrogato l'art. 2 della l. n. 283/1962 sull'autorizzazione sanitaria degli stabilimenti alimentari³¹ al fine di armonizzare l'ordinamento nazionale alle disposizioni comunitarie sul riconoscimento e sulla registrazione delle imprese alimentari (art. 4 del regolamento n. 853/2004), senza nulla prevedere in ordine alle disposizioni del dpr n. 327/1980 (recante il regolamento attuativo della l. n. 283/1962) che all'istituto della autorizzazione fanno ancora riferimento.

Un secondo insieme di problemi legati all'applicazione della legislazione alimentare risiede sul piano dei rapporti tra diritto penale alimentare e *regulation* comunitaria. Il tema assume contorni interessanti se analizzato con riferimento al rischio microbiologico che, insieme a quello chimico, è forse la più temuta criticità nelle operazioni di produzione e commercio di alimenti. Infatti mentre per la comunità scientifica la pericolosità di una derrata alimentare non è in funzione della sola e semplice presenza di batteri patogeni, quale ne sia l'entità, sul piano squisitamente penalistico, invece, la presenza di batteri patogeni, accertata nelle forme di legge e con le garanzie del diritto di difesa, può dar luogo ad una pluralità di possibili incriminazioni rispetto alle quali un vasto dibattito dottrinale e giurisprudenziale è, ancora oggi, in corso: l'art. 444 c.p., l'art. 5 nella configurazione contravvenzionale di cui alla lett. c. (superamento cariche microbiche ove fissate) o d. (alimenti comunque nocivi) della l. n. 283/1962 e, ancora, il reato di cui alla lett. b. (cattivo stato di conservazione)³².

³¹ In tema di autorizzazione sanitaria, prima dell'abrogazione del citato art. 2 della l. n. 283/1962, si veda V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti*, cit. *supra*, nota 1, p. 571.

³² L'art. 444 c.p. punisce «chiunque detiene per il commercio, pone in commercio ovvero distribuisce per il consumo sostanze destinate all'alimentazione, non contraffatte né adulterate, ma pericolose alla salute pubblica». Il testo vigente dell'art. 5 della legge n. 283/1962 così è formulato: «È vietato impiegare nella preparazione di alimenti o bevande, vendere, detenere per vendere o somministrare come mercede ai propri dipendenti, o comunque distribuire per il consumo sostanze alimentari: a. private anche in parte dei propri elementi nutritivi o mescolate a sostanze di qualità inferiore o comunque trattate in modo da variarne la composizione naturale, salvo quanto disposto da leggi e regolamenti speciali; b. in cattivo stato di conservazione; c. con cariche microbiche superiori ai limiti che saranno stabiliti dal regolamento di esecuzione o da ordinanze ministeriali; d. insudiciate, invase da parassiti, in stato di alterazione o comunque nocive, ovvero sottoposte a lavorazioni o trattamenti diretti a mascherare un preesistente stato di alterazione; e. (*omissis*); f. (*omissis*); g. con aggiunta di additivi chimici di qualsiasi natura non autorizzati con decreto del Ministro per la sanità o, nel caso che siano stati autorizzati, senza l'osservanza delle norme prescritte per il loro impiego. I decreti di autorizzazione sono soggetti a revisioni annuali; h. che contengano residui di prodotti, usati in agricoltura per la protezione delle piante e a difesa delle sostanze ali-

Dal punto di vista della *regulation* comunitaria, la definizione di «criteri microbiologici», di cui al regolamento n. 2073/2005³³, è prevista come misura igienica specifica rivolta agli operatori del settore alimentare i quali devono attuare, negli stabilimenti posti sotto il loro controllo (art. 4, lett. a., del regolamento n. 852/2004), adeguati piani di campionamento, analisi e valutazione dei risultati relativamente a taluni patogeni³⁴ al fine di dimostrare all'autorità di controllo l'assolvimento degli obblighi previsti in quanto soggetti responsabili della sicurezza del prodotto³⁵.

Invero, la previsione di limiti di accettabilità della presenza microbiologica non è nuova nella legislazione comunitaria³⁶, ma con il regolamento n. 2073/2005 cambia l'approccio e, non a caso, anche la terminologia: il termine «criterio» indica «una regola per giudicare qualcosa o qualcuno»; il

mentari immagazzinate, tossici per l'uomo. Il Ministro per la sanità, con propria ordinanza, stabilisce per ciascun prodotto, autorizzato all'impiego per tali scopi, i limiti di tolleranza e l'intervallo per tali scopi, i limiti di tolleranza e l'intervallo minimo che deve intercorrere tra l'ultimo trattamento e la raccolta e, per le sostanze alimentari immagazzinate tra l'ultimo trattamento e l'immissione al consumo». È pacifico che rientri nel campo di applicazione della citata disposizione codicistica l'accertamento di cariche microbiche negli alimenti posti o detenuti per la vendita: così in un caso di salmonelle di tipo B in campioni di carne, il giudice penale, accertato il pericolo in concreto, ha riconosciuto la responsabilità penale ai sensi del citato articolo argomentando che sia «patogeno ciò che ha in sé capacità di generare fenomeni morbosi indipendentemente dalla sua entità, ossia dalla sua virulenza, giacché il concetto di patogeno è pur sempre relativo, essendo esso determinato da più fattori eziologici che si condizionano a vicenda» (cfr. sent. Cass. pen., sez. I, 13 maggio 1992 in *DVD JurisData*). Senza dire che l'attenzione del legislatore nazionale sulle contaminazioni microbiologiche non si arresta alle sole disposizioni del codice penale: la legge speciale in materia, legge n. 283/1962, all'art. 5, lett. c. vieta la produzione e commercializzazione di sostanze alimentari con cariche microbiche superiori ai limiti fissati da norme di rango secondario, richiamate dalla stessa norma. Invero, detti limiti di accettabilità sono stati fissati con riferimento a pochi prodotti (è il caso del latte, prodotti d'uovo, gelati e preparati per gelati) i quali, stante il principio di tassatività delle fattispecie penali (art. 25 Cost.), non possono essere estesi oltre le ipotesi espressamente considerate. Sul punto V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti*, cit. *supra*, nota 1, p. 78-102.

³³ Regolamento (Ce) n. 2073/2005 della Commissione del 15 novembre 2005 sui criteri microbiologici applicabili ai prodotti alimentari, in *Gu-Ue* n. L 338 del 22 dicembre 2001, p. 1 ss.

³⁴ I patogeni disciplinati dal regolamento n. 2073/2005 sono: *listeria monocytogenes*, *salmonella* spp., *enterotossine stafilococciche*, *enterobacter sakazakii*, *escherichia coli* e *istamina*. I prodotti rispetto ai quali il regolamento n. 2073/2005 fissa i parametri di accettabilità microbiologica sono: carni e prodotti a base di carne, latte e prodotti lattiero-caseari, prodotti della pesca e altri prodotti ittici, ovoprodotti, frutta, ortaggi e altri vegetali, gelatine e collagene, alimenti pronti per l'infanzia e per fini medici speciali e i "ready to eat" categoria, quest'ultima, di nuova formulazione.

³⁵ Per un approfondimento del tema sul piano della *regulation* comunitaria, utili riferimenti in *European Commission, Discussion paper on strategy for setting microbiological criteria for foodstuffs in Community legislation*, SANCO/1252/2001, 8 marzo 2005 e *Opinion of the Scientific Panel on Biological Hazards on microbiological criteria and targets based on risk analysis*, pubblicato in *The EFSA Journal* (2007), 462, 1-29.

³⁶ Prima del 1° gennaio 2006 (data di entrata in vigore del regolamento n. 2073/2005), la Comunità europea si era attenuta ad un approccio diverso, settoriale, indicando limiti microbiologici ammissibili per specifiche categorie di prodotti (approccio verticale): ad esempio la direttiva n. 89/437/Cee relativa alla salmonella, enterobatteriacee, *staphylococcus aureus* negli ovoprodotti; la direttiva n. 91/492/Cee in tema di salmonella, coliformi fecali ed *escherichia coli* nei molluschi bivalvi vivi; la direttiva n. 92/493/Cee sull'istamina nei prodotti freschi, la direttiva n. 92/46/Cee circa la salmonella, *listeria monocytogenes*, *escherichia coli*, *staphylococcus aureus*, coliformi nel latte crudo e prodotti a base di latte; la decisione n. 93/51/Cee della Commissione del 15 dicembre 1992 relativa alle cariche microbiche di salmonella, *escherichia coli*, *staphylococcus aureus* nei crostacei e molluschi cotti.

suo impiego evidenzia che i «criteri» di cui al regolamento n. 2073/2005 sono qualcosa di più di una soglia di accettabilità, come previsto nella normativa precedente.

Il principale obbligo dell'operatore privato previsto dal regolamento n. 2073/2005 è relativo alla conformità ai «criteri microbiologici stabiliti dall'allegato I» il quale annovera due tipologie di conformità: di prodotto («criteri di sicurezza alimentare») e di processo («criteri di igiene di processo»)³⁷. Dal punto di vista pratico, ciò si deve tradurre nell'inserimento nei piani di autocontrollo³⁸ di procedure atte a garantire la conformità tanto dei prodotti alimentari quanto del processo produttivo, da parte di ogni operatore del settore alimentare, ivi inclusi, espressamente, quelli operanti nella fase di vendita al dettaglio.

Primo dato rilevante, ai fini della corretta definizione degli obblighi previsti dal regolamento n. 2073/2005, è la considerazione per la quale i criteri di sicurezza del prodotto attengono all'accettabilità della partita considerata in base ad una dettagliata e motivata valutazione, che compete all'operatore privato, in ordine all'intera durata del periodo di conservabilità (c.d. *shelf life*) in condizioni ragionevolmente prevedibili di distribuzione, conservazione e uso. Questa affermazione rende ancor più evidente come la progettazione del prodotto alimentare sia una fase cui dedicare attenzione e risorse in vista della riduzione di eventuali contestazioni per non conformità. L'autocontrollo igienico delle imprese alimentari dunque si completa di specifici obblighi pun-

³⁷ Il regolamento infatti distingue tra «criteri di sicurezza alimentare» (di cui all'allegato 1), definiti come «un criterio che definisce l'accettabilità di un prodotto o di una partita di prodotti alimentari, applicabile ai prodotti immessi sul mercato» (art. 2, lett. c. del regolamento n. 2073/2005), e i «criteri di igiene del processo» (di cui all'allegato 2), attinenti invece al «funzionamento accettabile del processo di produzione»; questi ultimi dunque non si applicano ai prodotti immessi sul mercato, ma riguardano le ipotesi in cui, superati i valori critici indicati, si rendono necessarie delle misure correttive volte a mantenere l'igiene del processo di produzione in ottemperanza alla legislazione in materia di prodotti alimentari (art. 2, lett. d. del regolamento n. 2073/2005).

³⁸ Basati sui principi del c.d. HACCP (*Hazard Analysis and Critical Control Points* - Analisi del pericolo e punti critici di controllo). La metodologia HACCP rappresenta un approccio di tipo preventivo, sistematico e documentato alla sicurezza alimentare attraverso il quale si procede sistematicamente ad un'analisi dei potenziali pericoli insiti nelle trasformazioni alimentari, identificando i punti di processo in cui i pericoli possono essere tenuti sotto controllo, consentendo così di definire quali di essi risultano determinanti per la salubrità dell'alimento e quindi a presidio della tutela della salute del consumatore. Trattasi di una metodica elaborata negli Stati Uniti e ulteriormente sviluppata all'interno del *Codex Alimentarius*, l'organizzazione internazionale che, sotto l'egida congiunta della *World Health Organization* (WHO) e della *Food and Agriculture Organization* (FAO), procede alla standardizzazione del commercio alimentare tra gli Stati. Prime indicazioni sul metodo HACCP in *Codex Alimentarius, Guidelines for application of the Hazard Analysis Critical Control Point (HACCP)*, Alinorm, Rome 1993; WHO (*World Health Organization*), *Hazard Analysis Critical Control Point System, Concept and Application*, doc. WHO/FNU/FOS/95.7, Rome, 1995 e, pure, *European Commission, Health & Consumer Protection Directorate-General, Guidance document on the implementation of procedures based on the HACCP principles, and on the facilitation of the implementation of the HACCP principles in certain food businesses* del 16 novembre 2005, disponibile sul sito della Direzione generale "SANCO" accessibile da: www.europa.eu.int. In merito al *Codex Alimentarius* ed i rapporti con l'ordinamento comunitario: D. BEVILACQUA *The Codex Alimentarius Commission and its Influence on European and National Food Policy*, in *European Food and Feed Law Review*, 2006, p. 3.

tualmente disciplinati in ordine alla sicurezza microbiologica.

Come in altre parti della legislazione alimentare, anche il regolamento sui criteri microbiologici presenta uno spiccato tasso di elasticità che, nella pratica, si traduce spesso in motivi di difficoltà applicativa. A titolo d'esempio, si prenda in esame l'allegato I, del regolamento n. 2073/2005, cap. 1 (criteri di sicurezza alimentare), in particolare il punto 1.2 relativo agli alimenti pronti che costituiscono terreno favorevole alla crescita di *L. monocytogenes* (alimenti diversi da quelli destinati ai lattanti e a fini medici speciali)³⁹. In tali casi, il limite di tolleranza è di 100 unità formanti colonia per grammo (ufc/g): come chiaramente posto in evidenza nell'allegato I, il limite in questione troverà applicazione solo se il produttore è in grado di dimostrare, «con soddisfazione dell'Autorità competente», che il prodotto non supererà il limite di 100 ufc/g durante il periodo di conservabilità. In altri termini i criteri di sicurezza non sono valori assoluti ma dipendono da una valutazione complessiva della situazione concreta. Ciò conferma che la flessibilità, propria di molte disposizioni igienico-sanitarie, richiede un confronto scientificamente fondato tra l'operatore privato e il controllo ufficiale. Risulta infatti evidente che il fattore condizionante la conformità non può più essere solo il rispetto del valore numerico ma la "condivisione" della Autorità sanitaria al fine di validare la correttezza del processo produttivo e del prodotto dal punto di vista microbiologico o, più in generale, dal punto di vista del raggiungimento degli obiettivi di sicurezza alimentare fissati dalla legislazione alimentare.

Non si può quindi escludere che nel caso di valutazione negativa da parte delle Autorità sanitarie (non condivisione), la presenza di *Listeria* anche in valori inferiori a 100 ufc/g, potrebbe legittimare l'Autorità sanitaria a procedere alla segnalazione all'autorità giudiziaria in base ad una delle disposizioni penali già indicate. Più problematico risulta il coordinamento tra il mancato rispetto dei criteri di processo (allegato II del regolamento n. 2073/2005) e le ipotesi penali di cui all'art. 5, lett. b. o d. della legge n. 283/1962⁴⁰. Il dlgs n. 193/2007 nel sanzionare, all'art. 6, commi 7, 8 e 9 la mancata, inesatta o inadeguata applicazione (anche) del regolamento n. 2073/2005 non fornisce alcun elemento per stabilire se la conformità dei risultati ai criteri di processo fissati dal regolamento escluda *tout court* l'applicazione delle norme penali codicistiche o di leggi speciali (ad esempio, l'art. 5, l. n. 283/1962). La questione può essere affrontata partendo dalla considerazione che rispetto ai criteri disciplinati dal regolamento n. 2073/2005 sia stata attuata un'armonizza-

³⁹ Con specifico riferimento ai prodotti *ready to eat*, il Ministero della salute italiano, di concerto con le regioni, ha precisato che tali prodotti, allorquando siano definibili «deteriorabili» ai sensi della disciplina interna, devono essere qualificati dal controllo ufficiale come terreno favorevole alla crescita della *Listeria*, salva la prova contraria da parte dell'operatore del settore alimentare.

⁴⁰ Per una riflessione sui rapporti tra diritto penale alimentare e nuova disciplina comunitaria V. PACILEO, *La genuinità alimentare*, in F. AVERSANO - V. PACILEO, *Prodotti alimentari e legislazione*, Bologna, Edagricole, 2006, p. 155-162.

zione totale a livello comunitario. In secondo luogo si deve precisare che la normativa nazionale non in contrasto con il diritto comunitario è ancora in vigore, anche se applicabile solo agli alimenti di produzione nazionale. In particolare la legge n. 283/1962 ed il suo Regolamento di attuazione (dpr n. 327/1980) sono da ritenersi in vigore per gli aspetti non contrastanti la nuova normativa e, conseguentemente, si ritiene che siano vigenti le procedure di campionamento ed analisi sulle sostanze alimentari eseguite ai sensi della legge n. 283/1962 e del dpr n. 327/80, con garanzia di contraddittorio e diritto alla revisione delle analisi. Alla luce di questi dati apparirebbe condivisibile la tesi in base alla quale la configurabilità di responsabilità penale non può dirsi certamente esclusa anche quando le cariche microbiche previste come criterio di processo dal regolamento n. 2073/2005 non siano state nel concreto superate: il giudice e i suoi periti potrebbero contestare l'ipotesi del cattivo stato di conservazione (art. 5, lett. b.) o, secondo alcuni, anche l'ipotesi di alimento «comunque nocivo» ai sensi dell'art. 5, lett. d.⁴¹. Il tema, decisamente articolato, richiederà in ogni caso una attenta valutazione della normativa penale italiana alla luce della preminente disciplina e dei principi comunitari ed esigerà una impegnativa motivazione sulla ricorrenza dei presupposti di applicazione delle disposizioni nazionali alla luce della armonizzazione comunitaria operata ex regolamento n. 2073/2005⁴².

Dal punto di vista degli obblighi gravanti sull'operatore privato si deve in primo luogo osservare che, certamente, le norme comunitarie ampliano i doveri di sicurezza ben oltre la fase in cui il prodotto è sotto il controllo del produttore: chiaro è in tal senso l'art. 19 del regolamento n. 178/2002 ai sensi del quale nel caso in cui un operatore del settore alimentare «ritiene o ha motivo di ritenere che un alimento da lui importato, prodotto, trasformato, lavorato o distribuito non sia conforme ai requisiti di sicurezza degli alimenti, e l'alimento non si trova più sotto il controllo immediato di tale operatore del settore alimentare»⁴³, deve avviare immediatamente procedure per ritirare il lotto o la partita non conforme ed informarne le autorità competenti⁴⁴. Inoltre se il

⁴¹ Per ulteriori approfondimenti si veda C. CORRERA, *La difesa del consumatore dalle frodi in commercio*, Milano, Giuffrè, 2002.

⁴² Per ulteriori approfondimenti si veda: L. COSTATO, *Compendio di diritto alimentare*, cit. supra, nota 1, p. 335-360. Per i profili di responsabilità penale, connessa al superamento dei limiti di tolleranza previsti dalla legislazione alimentare, si veda: V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti*, cit. supra, nota 1, p. 129 ss.; V. PAONE, *La responsabilità del rivenditore di alimenti deperibili*, in *Foro it.*, 1998, II, c. 156 e D. PISANELLO, *Aspetti di conformità legale ai criteri microbiologici. Rischio microbiologico e profili di responsabilità penale con particolare riferimento ai prodotti ready to eat*, in AA.VV., *Cibi pronti* (Supplemento n. 1 a *Ingegneria alimentare - Le carni*), Ecod, San Vittore Olona, 2008.

⁴³ Cfr. art. 19 del regolamento n. 178/2002. Con riferimento agli obblighi ivi previsti si ritiene corretto l'uso della espressione "azioni di *crisis management*" per sottolineare una delle novità del regolamento sulla sicurezza alimentare relativa alla gestione delle crisi da parte degli operatori del settore, pubblici e privati. Sul punto sia consentito rinviare a D. PISANELLO, *La disciplina sanzionatoria*, cit. supra, nota 15.

⁴⁴ Sul connesso tema dell'auto-denuncia e del *nemo tenetur se detegere*, V. PACILEO, *Il diritto*

prodotto pericoloso può essere arrivato al consumatore, si devono informare i consumatori, in maniera efficace e accurata, del motivo del ritiro e, se necessario, si devono richiamare i prodotti già forniti ai consumatori quando altre misure siano insufficienti a conseguire un livello elevato di tutela della salute⁴⁵.

I termini rigorosi coi quali il legislatore del 2002 si è interessato dell'analisi del rischio e l'assegnazione del ruolo di principale responsabile della sicurezza alimentare all'operatore privato autorizzano un'ulteriore riflessione sul versante degli obblighi di sicurezza imposti alle imprese alimentari.

Si può infatti osservare che mentre nella direttiva n. 93/43 l'inserzione obbligatoria di metodologie basate sull'analisi del rischio era concepita come riferita principalmente al processo produttivo, con eccezionali riferimenti alla funzione di gestione di situazioni di crisi alimentare, il regolamento n. 178/2002, sia nella parte generale (art. 6), sia nelle disposizioni di cui agli artt. 50 ss. (*sub* Capo IV, *Sistema di allarme rapido, gestione delle crisi e situazioni di emergenza*) e, in maniera riflessa, nella sezione relativa agli obbli-

degli alimenti, cit. *supra*, nota 1, p. 421-425 e G. DURAZZO, *Autocontrollo nelle aziende alimentari e diritto di difesa*, Roma, Libreria giuridica, 1995, p. 63-70. In questa sede si precisa che, in base all'art. 14.6 del regolamento n. 178/2002, «se un alimento a rischio fa parte di una partita, lotto o consegna di alimenti della stessa classe o descrizione, si presume che tutti gli alimenti contenuti in quella partita, lotto o consegna siano a rischio a meno che, a seguito di una valutazione approfondita, risulti infondato ritenere che il resto della partita, lotto o consegna sia a rischio». Questa disposizione appare idonea, ben più che l'obbligo generale di rintracciabilità, a sensibilizzare i destinatari delle connesse sanzioni (operatori alimentari) ad una implementazione oculata e ragionata della funzione di tracciamento delle sostanze alimentari, sperando così di ridurre il "rischio" di un eventuale provvedimento di sequestro da parte dell'autorità di controllo o, con maggior precisione, la estensione dello stesso.

⁴⁵ Cfr. art. 19.1 del regolamento n. 178/2002. Stando al dettato dell'art. 19, il presupposto per la sussistenza dei tre distinti obblighi (ritiro/richiamo, notizia all'autorità competente, comunicazione del rischio al consumatore) è che sia riscontrata una «non conformità ai requisiti di sicurezza». La circostanza che questo articolo contenga un generico riferimento ai «requisiti di sicurezza» e non, come invece altre fonti di legge, ad un «pericolo grave» per la salute umana, pone il quesito se gli obblighi da esso previsti siano da ritenere sussistenti in tutti i casi di «non conformità» anche laddove quest'ultima non comporti l'insorgenza di un pericolo diretto per la salute. Ci si chiede, ad esempio, se integrino la mancanza di sicurezza, cui conseguono gli obblighi dell'art. 19 del regolamento n. 178/2002 e le sanzioni già ricordate, le carenze informative relative alla presenza di un ingrediente con potenzialità allergeniche di cui all'allegato II sez. III del dlgo n. 109/1992, come modificato da dlgo n. 114 dell'8 febbraio 2006, in *Guri* n. 69 del 23 marzo 2006. Anche se una lettura superficiale dell'art. 19 del regolamento n. 178/2002 e, in parallelo, degli artt. 3 e 4 del dlgo n. 190/2006, potrebbe prestarsi a favore della soluzione affermativa, per una interpretazione restrittiva possono rilevarsi decisivi altri indici: ad esempio, l'art. 53 del regolamento n. 178/2002, in tema di misure che l'autorità pubblica deve prendere rispetto a situazioni di emergenza (sanitaria), si riferisce ad ipotesi che «possono comportare un grave rischio per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente». A livello nazionale, poi, l'Intesa Stato-Regioni in tema di gestione operativa del sistema di allerta rapida per gli alimenti destinati al consumo umano del 15 dicembre 2005, che costituisce l'implementazione in diritto italiano del Capo IV (Sistema di allarme rapido, gestione delle crisi e situazioni di emergenza) del regolamento n. 178/2002, distingue tra «situazioni di allerta» che si riscontrano a fronte della presenza in commercio di alimenti che rappresentano un «grave rischio» per la salute del consumatore e nelle quali è richiesto un intervento immediato, e «situazioni di non conformità» nelle quali, per le particolarità del caso specifico, non si configura un immediato rischio sanitario e, pertanto, si attiva una procedura diversa dall'allerta (segnalazione di non conformità di cui all'allegato "E" dell'accordo del 15 dicembre 2005). Da ultimo, il citato regolamento n. 2073/2005 in tema di prodotti microbiologicamente non conformi prescrive, all'art. 7, una dettagliata disciplina del *product-recall*, autorizzando forme di riqualificazione dello stesso, sotto il controllo dell'Autorità competente.

ghi di sicurezza gravanti sull'impresa (artt. 14-20), richiede lo sviluppo di un *savoir faire* inerente la gestione del rischio e della «crisi»⁴⁶. Dalla lettura degli articoli sopramenzionati infatti è lecito desumere una direttrice verso lo sviluppo di metodologie di *crisis management* interessanti in primo luogo l'autorità pubblica ma anche, seppure in termini meno stringenti, l'operatore economico⁴⁷.

Con riferimento all'amministrazione pubblica, comunitaria e nazionale, l'orientamento alla gestione delle crisi sanitarie si è tradotto, in attuazione dei criteri previsti agli artt. 50 ss. del regolamento n. 178/2002 nella predisposizione di piani di emergenza operanti tanto a livello comunitario che nazionale⁴⁸.

Quanto all'operatore privato, invece, nessuna disposizione del regolamento sulla sicurezza alimentare n. 178/2002, né del c.d. pacchetto igiene, esige imperativamente un *crisis management plan*, cioè di un piano che identifichi chi debba fare cosa, con quali modalità e tempistiche e con quali obiettivi (le cinque "q": *qui, quid, quomodo, quando e quoniam*)⁴⁹. Tuttavia non si può tra-

⁴⁶ Per «crisi alimentare» si intende in questa sede la presenza nel circuito commerciale di un alimento che, non rispettando i requisiti di sicurezza posti dalla legislazione alimentare, pone un rischio per la salute pubblica (rischio sanitario). Dal punto di vista aziendale, la definizione di «crisi» può individuarsi in quelle situazioni in cui, in ragione d'eventi prevedibili e non voluti (ad esempio contaminazione microbiologica) ovvero imprevedibili e non voluti (ad esempio sabotaggio alimentare), l'attività d'impresa si discosta dal *continuity business plan* con una variazione di segno negativo e con ripercussioni economiche di varia natura e gravità, esponendo l'impresa a profili di responsabilità di natura civile, penale o amministrativa.

⁴⁷ Gli obblighi di sicurezza di cui agli artt. 14-20 del regolamento n. 178/2002 costituiscono la trasposizione di alcuni elementi metodologici del *risk management*, disciplina questa che ha diverse declinazioni in funzione degli obiettivi posti (assicurativi, gestionali, etc.). In questa sede, la disciplina di riferimento è desunta dallo studio della norma AS/NZS 4369:99 di *Australian Standards*, integrato con specifici e pertinenti elementi di analisi del «rischio alimentare». Sul *risk analysis* all'interno della *regulation* A. ALEMANN, *Trade in Food*, cit. *supra*, nota 1, p. 73-147. Sul ruolo del *risk management* nella conduzione legale d'azienda: A. BORGHESI, *La gestione dei rischi di azienda. Economia e organizzazione, teoria e pratica*, Padova, Cedam, 1985; AA.VV., *Product Liability in Europe, a practical guide for Industry*, a cura di *Orgalime Legal Affaire Committee*, Bruxelles, Orgalime, 1993 e G. CLERICO, *Attività economica e rischio di danno. Come la struttura del capitale e la priorità di rivalsa sul capitale sociale influenzano la precauzione dell'impresa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 71-106.

⁴⁸ Le disposizioni del Capo IV del regolamento n. 178/2002 sono state oggetto della «Intesa, ai sensi dell'art. 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, tra il Ministero della salute, le regioni e le province autonome sulle linee guida per la gestione operativa del sistema di allerta per alimenti destinati al consumo umano (Accordo rep. N. 2395)» (provvedimento del 15 dicembre 2005, in *Guri* del 12 gennaio 2006) recentemente modificate con la firma della «Intesa, ai sensi dell'art. 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, tra il Ministero della salute, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano sulla proposta del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali di modifica dell'Intesa 15 dicembre 2005 (Rep. atti n. 2395) recante "Linee guida per la gestione operativa del sistema di allerta per alimenti destinati al consumo umano" (rep. atti n. 204/82 del 13 novembre 2008)».

⁴⁹ L'art. 18 del regolamento n. 178/2002, tuttavia, richiede una procedura, dunque di un piano documentato, operativo e aggiornato a livello aziendale, relativo alla rintracciabilità che rappresenta un elemento costitutivo della gestione delle crisi alimentari, come definite *sub. nota* 59. L'obbligo comunitario è assistito dalle sanzioni amministrative previste dal dlgs n. 190 del 5 aprile 2006 recante «Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni di cui al Regolamento (Ce) n. 178/2002 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 *Guri* n. 118 del 23 maggio 2006, su cui D. PISANELLO, *La disciplina sanzionatoria*, cit. *supra*, nota 15.

scurare la previsione dell'obbligo di ritiro, obbligo che deve essere adempiuto in modo tempestivo, e l'art. 18 del regolamento n. 178/2002 il quale richiede puntualmente una procedura, dunque di un piano documentato, operativo e aggiornato a livello aziendale, relativo alla rintracciabilità dei prodotti alimentari, la cui funzione è precisamente quella di consentire ritiri mirati dei prodotti alimentari a rischio⁵⁰. *In limine* può anche valere la considerazione secondo cui la transizione della *food policy* europea verso un approccio di *risk management*, inclusivo anche della gestione del rischio e della sua comunicazione, fornisca la cornice di riferimento anche per la organizzazione aziendale dell'impresa alimentare.

Pertanto, sebbene allo stato attuale non sembra sussistere un obbligo di predisporre un piano della crisi, è indubbio che la posizione di garanzia dell'operatore privato dovrebbe comportare un'attenzione specifica sulla gestione delle crisi alimentari.

Gli obblighi di sicurezza previsti dalla legislazione alimentare sono caratterizzati da una pronunciata *vis attractiva* verso l'«intera catena alimentare», applicandosi gli obblighi di sicurezza anche alla produzione di mangimi ed alla produzione agricola⁵¹. In realtà, anche alla luce del pacchetto igiene, i produttori agricoli continuano a godere – almeno formalmente⁵² – di quel regime di esenzione già in vigore con la direttiva n. 93/43/Cee sull'igiene dei prodotti alimentari⁵³, con la quale era fatto obbligo alle imprese del settore alimentare, operanti nelle fasi successive alla produzione primaria⁵⁴, di individuare nelle loro attività ogni fase che avrebbe potuto rivelarsi critica per la sicurezza.

⁵⁰ È noto che la rintracciabilità abbia principalmente, se non esclusivamente, una valenza di sicurezza alimentare. In dottrina si ritiene che la rintracciabilità svolga anche una funzione commerciale. Sul punto F. AVERSANO, *La rintracciabilità: trasparenza della filiera e sicurezza del consumatore*, in F. AVERSANO - V. PACILEO, *Prodotti alimentari*, cit. supra, nota 40, p. 37.

⁵¹ Cfr. *considerando* n. 12 del regolamento n. 178/2002 secondo cui «per garantire la sicurezza degli alimenti occorre considerare tutti gli aspetti della catena di produzione alimentare come un unico processo, a partire dalla produzione primaria». Si osservi anche che, per il *considerando* n. 8 del regolamento n. 852/2004, «per garantire la sicurezza degli alimenti dal luogo di produzione primaria al punto di commercializzazione o esportazione occorre una strategia integrata» e che, conseguentemente «ogni operatore del settore alimentare lungo la catena alimentare dovrebbe garantire che tale sicurezza non sia compromessa».

⁵² È stato autorevolmente segnalato che, pur persistendo l'esenzione della produzione primaria e delle operazioni connesse dal rispetto degli obblighi di HACCP, anche l'imprenditore agricolo vi sia di fatto tenuto in forza di vincoli contrattuali. In tal senso L. COSTATO, *Compendio di diritto alimentare*, cit. supra, nota 1, p. 413.

⁵³ Direttiva n. 93/43/Cee del Consiglio del 14 giugno 1993 sull'igiene dei prodotti alimentari, in *Guce* n. L 175 del 19 luglio 1993, abrogata dall'art. 17 del regolamento n. 852/2004, cit. supra, nota 7. Per il recepimento italiano della direttiva si veda il dlgs n. 155 del 26 maggio 1997, «Attuazione delle direttive n. 93/43/Cee e n. 96/3/Cee concernenti l'igiene dei prodotti alimentari» abrogato dall'art. 3 del dlgs n. 193/2007. In tema di autocontrollo igienico: L. COSTATO, *Compendio di diritto alimentare*, cit. supra, nota 1, p. 413, V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti*, cit. supra, nota 1, p. 406 e G. DURAZZO, *Autocontrollo nelle aziende alimentari*, cit. supra, nota 44.

⁵⁴ In base all'art. 2 della direttiva n. 93/43 era da intendersi per produzione primaria: la raccolta, la macellazione e la mungitura. Sul punto: L. COSTATO, *Compendio di diritto alimentare*, loc. cit., p. 426 ss.; ID., *L'agricoltura e il nuovo regolamento sull'igiene delle produzioni alimentari*, in *Dir. e giur. agr. e amb.*, 2004, p. 735 ss.

za degli alimenti e di garantire che fossero individuate, applicate, mantenute e aggiornate le opportune procedure di sicurezza avvalendosi dei principi del sistema HACCP⁵⁵.

Nonostante l'indirizzo espansivo professato dal regolamento sulla sicurezza alimentare, l'eccezione agricola persiste, atteso che nei regolamenti n. 852/2004 e n. 853/2004 gli operatori della produzione primaria e delle «operazioni connesse»⁵⁶ continuano a beneficiare di un trattamento diversificato che, lungi dall'uniformare la disciplina giuridica, prevede un'applicazione parziale di alcuni requisiti legali in materia di igiene e, nella specie, quelli indicati *sub* parte A dell'allegato I del regolamento n. 852/2004 e, nel caso di produzioni animali, dei requisiti specifici previsti dal regolamento n. 853/2004⁵⁷. Non si tratta dunque di un'estensione *tout court* del sistema di analisi del rischio basato sulla metodologia HACCP, obbligatoria per tutti gli (altri) operatori alimentari, applicazione che la stessa Comunità giudica, quanto al settore agricolo, «non ancora praticabile»⁵⁸.

L'estensione di un approccio preventivo di *risk analysis*, se effettivamente realizzata in modo uniforme lungo tutta la catena alimentare (dalla produzione primaria sino al consumatore), avrebbe armonizzato la legislazione alimentare alla disciplina europea sulla responsabilità civile da prodotto difettoso (direttiva n. 85/374/Cee)⁵⁹ che, a seguito della modifica di cui alla direttiva

⁵⁵ Cfr. art. 3.2 della direttiva n. 93/43, abrogata con effetto dal 1° gennaio 2006.

⁵⁶ La nozione di «attività connessa», parificata a quella primaria per quanto attiene alla particolare applicazione delle norme sull'igiene, si trova indicata all'allegato I, Parte A del regolamento n. 852/2004 ed è rinvenibile con riferimento alle operazioni di: *a.* il trasporto, il magazzinaggio e la manipolazione di prodotti primari sul luogo di produzione, a condizione che ciò non alteri sostanzialmente la loro natura; *b.* il trasporto di animali vivi, ove necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente regolamento; *c.* in caso di prodotti di origine vegetale, prodotti della pesca e della caccia, le operazioni di trasporto per la consegna di prodotti primari, la cui natura non sia ancora stata sostanzialmente modificata, dal luogo di produzione ad uno stabilimento.

⁵⁷ Cfr. art. 4 del regolamento n. 852/2004, *loc. cit.* Gli operatori della fase primaria e delle fasi connesse dovranno pertanto "assicurare", cioè dimostrare in sede di controllo ufficiale, che i prodotti sono «protetti da contaminazioni» e che nel processo produttivo si «tiene conto di tutte le trasformazioni successive cui saranno soggetti i prodotti primari», ponendo cura al «rispetto di tutte le pertinenti disposizioni legislative comunitarie e nazionali relative al controllo dei rischi della produzione primaria e nelle operazioni associate, quali le misure di controllo della contaminazione derivante dall'aria, dal suolo, dall'acqua, dai mangimi, dai fertilizzanti, dai medicinali veterinari, dai prodotti fitosanitari e dai biocidi, nonché il magazzinaggio, la gestione e l'eliminazione dei rifiuti, programmi per il monitoraggio e il controllo delle zoonosi e degli agenti zoonotici».

⁵⁸ Cfr. *considerando* n. 11 del regolamento n. 852/2004 secondo cui «l'applicazione dei principi del sistema dell'analisi dei pericoli e dei punti critici di controllo (HACCP) alla produzione primaria non è ancora praticabile su base generalizzata». A suggerire che questo assetto sia frutto della persistente eccezione agricola lo dimostra l'assenza di un termine temporale entro cui introdurre l'applicazione generalizzata degli obblighi di sicurezza. Il *considerando* n. 14 del regolamento n. 852/2004, ad esempio, si limita a rinviare il riesame della questione alla luce dello "studio di fattibilità" della eventuale estensione del sistema HACCP anche alla produzione primaria. Si osservi, quanto all'ordinamento italiano, che le sanzioni pecuniarie previste, dall'art. 6, comma 4, dlgs n. 193/2007, sono esattamente la metà di quelle comminabili agli altri operatori professionali per le stesse violazioni.

⁵⁹ Recepita nel nostro ordinamento con dpr n. 224 del 24 maggio 1988 «Attuazione della direttiva Cee numero 85/374 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, ai sensi

n. 1999/34/Ce, trova applicazione anche con riferimento ai prodotti agricoli del suolo e a quelli dell'allevamento, della pesca e della caccia, che non abbiano subito trasformazioni⁶⁰.

Che gli obblighi di sicurezza alimentare, di cui ai regolamenti n. 178/2002, n. 853/2004 e n. 854/2004, non siano identici per tutti i diversi operatori della filiera⁶¹ trova conferma rispetto al ruolo assegnato al «distributore finale» di un prodotto alimentare o di un mangime: il regolamento n. 178/2002 prevede infatti un trattamento giuridico parzialmente differente in ragione, si afferma, del diverso impatto dell'attività distributiva sulla gestione della sicurezza alimentare. Posto che l'attività di «commercio al dettaglio»⁶² rientra sicuramente nel campo di applicazione del regolamento n. 178/2002, gli obblighi di sicurezza alimentare previsti dagli artt. 14-20 si applicano nei

dell'art. 15 della legge 16 aprile 1987, n. 183». La disciplina della responsabilità per danno da prodotto difettoso, modificata dal dlgs n. 25 del 2 febbraio 2001, attuazione della direttiva n. 1999/34, è oggi confluita nel dlgs n. 206 del 6 settembre 2005, «Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229», sub Titolo II della Parte IV, artt. 114-127.

⁶⁰ Sull'estensione del regime di responsabilità civile per danno da prodotto difettoso anche ai prodotti agricoli: A. GERMANÒ, *La responsabilità del produttore agricolo e principio di precauzione*, in L. COSTATO (a cura di), *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, Padova, Cedam, 2003, p. 743-750; G. PONZANELLI, *Estensione della responsabilità oggettiva anche all'agricoltore, all'allevatore, al pescatore e al cacciatore*, in *Danno e resp.*, 2001, p. 792 e C. MARTORANA, *La responsabilità per prodotti agricoli difettosi*, in *Riv. dir. agr.*, 1992, I, p. 400.

⁶¹ Il termine «filiera» può definirsi come l'insieme, organizzato e coordinato, di attività economiche finalizzate alla commercializzazione di un prodotto finito.

⁶² Per il regolamento n. 178/2002, art. 3, n. 7, il «commercio al dettaglio» è «la movimentazione e/o trasformazione degli alimenti e lo stoccaggio nel punto di vendita o di consegna al consumatore finale, compresi i terminali di distribuzione, gli esercizi di ristorazione, le mense di aziende e istituzioni, i ristoranti e altre strutture di ristorazione analoghe, i negozi, i centri di distribuzione per supermercati e i punti di vendita all'ingrosso». Definizione in parte diversa è prevista dalla legge italiana, a mente della quale dovrebbe invece intendersi «l'attività svolta da chiunque professionalmente acquista merci in nome e per conto proprio e le rivende, su aree private in sede fissa o mediante altre forme di distribuzione, direttamente al consumatore finale» (cfr. art. 4, lett. b., dlgs n. 114/1998 recante «Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'art. 4, comma 4, della l. 15 marzo 1997, n. 59»). La definizione dell'art. 3, n. 7 del regolamento n. 178/2002 è stata criticata in quanto eccessivamente ampia e in parte contraddittoria, includendo non solo le attività consistenti in «handling and/or processing of food and its storage at the point of sale or delivery to the final consumer» ma, anche, «distribution terminals, catering operations, factory canteens, institutional catering, restaurants and other similar food service operations, shops, supermarket distribution centres and wholesale outlets». Al riguardo la Commissione, nella lineaguida al regolamento n. 853/2004, ha sostenuto una lettura secondo cui «the interpretation of the term "retail" should only take into account the first – unequivocal – part of the definition (contrary to the legal text as in force). However, there is no point in attempting to correct a defective legal provision by way of a recommendation contained in a guidance document, because when it comes to the crunch the (entire) binding text of the Regulation as such will always prevail». L'evidenziata contraddittorietà della definizione, cui la lineaguida della Commissione non può porre rimedio definitivo, è cruciale in quanto, si è sostenuto, «The lack of a distinction between retail trade and wholesale trade and food production is a central shortcoming of the new legislation on food safety since the scope of application of numerous legal provisions – e.g. of Regulations (EC) Nos. 853/2004 and 854/2004 (EC, 2004b and 2004c) – depends on whether or not the retail trade is involved. This means that the term "retail" governs which legal provisions have to be observed by a food business, whether an establishment requires an approval or only has to be registered, and in many cases which authority is competent for official controls (veterinary authority or food inspectors)». Per queste considerazioni R. RIEDL - C. RIEDL, *Shortcomings of the new European Food Hygiene Legislation from the Viewpoint of a Competent Authority*, in *European Food and Feed Law Review*, 2/2008, p. 64.

limiti delle «rispettive attività» e quindi, pare potersi sostenere, in modo commisurato alla «capacità di controllo» sulle condizioni di sicurezza del prodotto.

Per determinare il quadro giuridico delle responsabilità ascritte a questa categoria di imprese è necessario, dunque, valutare se e in che misura le attività di vendita al dettaglio incidano ovvero non incidano sul confezionamento, sull'etichettatura, sulla sicurezza o sull'integrità dell'alimento. Da questo punto di vista, diverso è il caso dei prodotti pre-confezionati, pronti al consumo, che non presentino «criticità» dal punto di vista igienico-sanitario, rispetto a quei prodotti soggetti, ad esempio, ad un trattamento termico specifico (c.d. catena del freddo). Esiti in parte diversi sono forse conseguibili allorquando il distributore finale ponga in vendita prodotti con il suo marchio di commercio (c.d. *private label*) potendosi in questo caso definire come produttore, sia pure apparente, e dunque garante in via principale della sicurezza del prodotto.

Il quadro riassuntivo delle principali fonti della legislazione alimentare non sarebbe completo se si omettesse di accennare alla normativa in tema di etichettatura, presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari⁶³. Al riguardo, le finalità del regolamento n. 178/2002 attengono alla sicurezza del prodotto ma anche alla tutela degli interessi dei consumatori (art. 1.1 regolamento n. 178/2002): l'etichettatura dei prodotti alimentari è intesa sia come elemento per assicurare un più elevato livello di tutela della salute pubblica, sia come mezzo per consentire al consumatore di compiere scelte consapevoli, mirando a prevenire le pratiche fraudolente o ingannevoli, l'adulterazione degli alimenti ed ogni altro tipo di pratica in grado di indurre in errore il consumatore⁶⁴.

L'ambivalenza funzionale delle disposizioni della legislazione alimentare è confermata anche dal regolamento n. 882/2004, che, in tema di controlli ufficiali sugli alimenti, chiarisce come l'ambito proprio del controllo ufficiale sugli alimenti non sia limitato alla sola prevenzione e reazione contro i rischi inaccettabili alla salute umana (lett. *a.*, art. 1, del regolamento n. 882/2004) ma comprenda anche il compito – quasi tutorio – della leale concorrenza tra imprenditori del settore mangimistico ed alimentare, così come pure la prote-

⁶³ Anche la legislazione sull'etichettatura è caratterizzata da una legislazione orizzontale ed una serie di normative verticali. La normativa orizzontale è data dalla direttiva n. 2000/13/Ce, *cit. supra*, nota 8, il cui atto di trasposizione in diritto italiano risulta essere il dlgs n. 109 del 27 gennaio 1992 «Attuazione delle direttive n. 89/395/Cee e n. 89/396/Cee concernenti l'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari», più volte modificato ed integrato. Per «etichettatura» è da intendersi l'insieme delle «menzioni, indicazioni, marchi di fabbrica o di commercio, immagini o simboli riferentisi ad un prodotto alimentare e figuranti su qualsiasi imballaggio, documento, cartello, etichetta, anello o fascetta che accompagni tale prodotto alimentare o che ad esso si riferisca». In argomento: L. COSTATO, *Compendio di diritto alimentare*, *cit. supra*, nota 1, p. 263-385; V. MAGLIO, *La trasparenza dei prodotti alimentari: la funzione dell'etichettatura nella tutela del consumatore*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2001, p. 311 ss. e O'ROURKE, *European Food Law*, *cit. supra*, nota 1, p. 55-74 e p. 129-138.

⁶⁴ Cfr. art. 8 del regolamento n. 178/2002, disposizione posta tra i principi generali della legislazione alimentare.

zione del consumatore da etichette, comunicazioni e pratiche illecite (lett. b., art. 1, del regolamento n. 882/2004).

In tale contesto, se è vero che la disciplina in tema di presentazione del prodotto è rivolta principalmente a tutelare gli interessi economici dell'acquirente finale, con una funzione di natura prettamente commerciale, è pur vero che le informazioni poste a disposizione del consumatore, volontariamente o *ope legis*, hanno, in taluni casi, finalità sanitarie⁶⁵. A presidio della tutela contro i rischi propriamente sanitari le disposizioni del regolamento generale sulla *food law*, e le corrispondenti norme del pacchetto igiene, stabiliscono regole particolari: ad esempio, l'art. 14.3 del regolamento n. 178/2002 chiarisce che per valutare se un alimento sia «a rischio» si deve tener conto anche delle «informazioni messe a disposizione del consumatore, comprese le informazioni riportate sull'etichetta o altre informazioni generalmente accessibili al consumatore sul modo di evitare specifici effetti nocivi per la salute provocati da un alimento o categoria di alimenti». Identica impostazione si trova all'art. 18, in tema di rintracciabilità, ove si pone in evidenza il collegamento tra la funzione di rintracciabilità, che è uno strumento di gestione della sicurezza alimentare, e l'etichettatura (par. 4).

È bene però precisare che, fuori dall'ambito strettamente sanitario, il regolamento n. 178/2002 rinvia alla legislazione pertinente in materia di etichettatura, pubblicità e presentazione degli alimenti: in tal senso, *expressis verbis*, l'art. 16 del regolamento n. 178/2002 in base al quale «fatte salve disposizioni più specifiche della legislazione alimentare, l'etichettatura, la pubblicità e la presentazione degli alimenti o mangimi, compresi la loro forma, il loro aspetto o confezionamento, i materiali di confezionamento usati, il modo in cui gli alimenti o mangimi sono disposti, il contesto in cui sono esposti e le informazioni rese disponibili su di essi attraverso qualsiasi mezzo, non devono trarre in inganno i consumatori».

La distinzione tra etichettatura strettamente sanitaria e quella più marcatamente commerciale tende tuttavia ad attenuarsi se si considera la recente evoluzione della normativa e della giurisprudenza comunitaria.

Dal primo punto di vista, verso una maggiore integrazione (o confusione) delle due finalità contribuiscono alcune iniziative del legislatore comunitario:

⁶⁵ Il ruolo (anche) sanitario della etichettatura è reso evidente dall'art. 3, n. 9 della direttiva n. 2000/13, *cit. supra*, nota 8, in base al quale tra le indicazioni obbligatorie sono da annoverare anche «le istruzioni per l'uso, quando la loro omissione non consenta all'acquirente di fare un uso appropriato del prodotto alimentare» e devono essere tali da consentire un'adeguata utilizzazione del prodotto (art. 11.1 della direttiva n. 2000/13). Per il secondo paragrafo di questo articolo inoltre «le disposizioni comunitarie o, in loro mancanza, le disposizioni nazionali possono stabilire, per alcuni prodotti alimentari, le modalità secondo cui devono essere indicate le istruzioni per l'uso». Guardando alle disposizioni del pacchetto igiene, si può prendere spunto dalla lettura del citato regolamento n. 2073/2005 sui criteri microbiologici applicabili ai prodotti alimentari nella parte in cui si prevede l'obbligo della menzione di particolari avvertenze d'uso sulle confezioni di taluni alimenti soggetti *naturaliter* a contaminazione batteriologica.

è sufficiente richiamare la nuova normativa in materia di indicazioni nutrizionali e sulla salute *consumer-oriented*, che ha posto stringenti limiti in tema di presentazione e pubblicità, anche comparativa, degli alimenti, i quali vanno ad aggiungersi, in parte specificandoli, ai principi elaborati dalla prassi della repressione della pubblicità ingannevole (principi di non ingannevolezza e veridicità, correttezza dell'informazione e rispondenza scientifica delle indicazioni qualitative dei prodotti)⁶⁶.

Relativamente alla giurisprudenza comunitaria non si può trascurare la sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 2006 (*Lidl Italia*)⁶⁷, relativa alla responsabilità del distributore finale per violazioni della direttiva n. 2000/13 (*rectius*, del decreto italiano di recepimento), con la quale la Corte ha, con un paio di *obiter dicta*, fornito elementi tesi a coordinare gli obblighi di cui alla direttiva sull'etichettatura – e le relative sanzioni – come soggetti al regolamento n. 178/2002. Il tema della sanzionabilità del distributore per la mancata conformità alla legislazione sull'etichettatura dei prodotti alimentari è oggetto di specifica attenzione della già citata proposta di regolamento in tema

⁶⁶ Cfr. Regolamento n. 1924/2006/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006 «relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari», in *Gu-Ue* n. L 404 del 30 dicembre 2006. L'iter di approvazione di questo regolamento, piuttosto lungo e laborioso, è stato ulteriormente allungato in quanto il *draft* definitivo approvato dal Consiglio non teneva conto della nuova disciplina sulla comitatologia nel frattempo intervenuta a seguito della Decisione del Consiglio n. 2006/512/Ce del 17 luglio 2006, in *Gu-Ue* n. L 200 del 22 luglio 2006. In tema di etichettatura nutrizionale resta vigente la direttiva n. 90/496/Cee del Consiglio, del 24 settembre 1990, in *Guce* n. L 276 del 6 ottobre 1990. Tale regolamento indica limiti e condizioni per le indicazioni nutrizionali e salutistiche ammesse. Ad esempio, per l'utilizzo di un *claim* nutrizionale («light», «a basso contenuto di sodio») o sulla salute («alto contenuto di proteine che aiutano la rigenerazione dei tessuti») è necessario che il prodotto sia conforme a specifici «profili nutrizionali» i quali costituiscono una sorta di profilo medio e scientificamente accettabile dal punto di vista nutrizionale che fungeranno da parametro per la liceità dell'uso del *claim*. La sottesa scelta di politica alimentare è quella di contrastare i comportamenti alimentari non "sani" e i relativi costi sociali (ad esempio l'obesità). In argomento si veda L. COSTATO, *Compendio di diritto alimentare*, cit. *supra*, nota 1, p. 315 ss.; S. MASINI, *Prime note sulla disciplina europea delle indicazioni sulla salute*, in *Dir. e giur. agr. alim. e amb.*, 2007, p. 73 e M. HAGENMEYER, *Health Claims meet bureaucracy. The new European Regulation on nutrition and Health Claims – as adopted on 16 May 2006 by the European Parliament*, in *European Feed and Food Law Review*, 2006, p. 233. Per un inquadramento sulla legislazione in materia negli USA: F. B. PALUMBO - C. D. MULLINS, *The Development of Direct-to-Consumer Prescription Drug Advertising Regulation*, in *Food and Drug Law Journal*, 2002, vol. 57, n. 3, p. 423-443.

⁶⁷ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 2006 in causa n. C-315/05, *Lidl Italia Srl c. Comune di Arcole*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11181 ss. e in questa *Rivista*, 2006, p. 671 con nota di D. PISANELLO, *La disciplina in materia di etichettatura dei prodotti alimentari à la croisée des chemins. Commento alla sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 2006 in causa n. C-315/05*, p. 677 ss. La sentenza è stata commentata anche da F. ALBISINNI, *Dalla legislazione al diritto alimentare: tre casi*, in *Rivista di Diritto Alimentare*, 1/2007, p. 12 e da M.-E. ARBOUR, *Sicurezza alimentare e prodotti difettosi dopo Lidl e Bilka: un binomio sfasato?*, in *Danno e Resp.*, 2007, p. 989. Sul tema delle posizioni di garanzia dell'operatore alimentare, diffusamente, F. CAPELLI, *Responsabilità degli operatori del settore alimentare*, in questa *Rivista*, 2006, p. 391. La decisione della Corte di giustizia è stata applicata dal giudice del rinvio nel senso di ritenere esente da colpa l'opponente (distributore al dettaglio) per la violazione del dlgs n. 109/1992 (attuazione della direttiva n. 2000/13). Su tale precedente si veda la sentenza del Giudice di Pace di Monselice del 24 maggio 2007-5 luglio 2007 n. 280 in questa *Rivista*, 2007, p. 529 con nota di D. PISANELLO, *Applicazione della sentenza Lidl Italia all'interno degli Stati membri: legislazione interna e normativa comunitaria a confronto*, p. 533 ss.

di informazioni alimentari ai consumatori presentata dalla Commissione⁶⁸.

La proposta di regolamento consolida e aggiorna due settori della legislazione comunitaria relativa alla presentazione dei prodotti alimentari: la già citata direttiva n. 2000/13/Ce e la direttiva n. 90/496/Cee in tema di etichettatura nutrizionale. Tra gli obiettivi perseguiti da questa proposta vi è quello di chiarire la responsabilità dei vari operatori alimentari in materia di etichettatura per il rischio di confusione a carico delle imprese alimentari e del controllo ufficiale: «In order to prevent a fragmentation of the rules concerning the responsibility of food business operators with respect to food information it is appropriate to clarify the responsibilities of food business operators in this area» (cfr. *considerando* n. 21 del *Proposal* citato). Sul punto di particolare interesse è la proposta contenuta all'art. 8.4 a mente del quale «Food business operators responsible for retail or distribution activities which do not affect food information shall act with due care to ensure, within the limits of their respective activities, the presence of the applicable food information requirements, in particular by not supplying foods which they know or presume to be non compliant, on the basis of the information in their possession as professionals». Regime in parte diverso viene proposto per il distributore che per primo immette sul mercato un prodotto alimentare destinato al consumatore finale o alle collettività: «Food business operators placing on the market for the first time a food intended for supply to the final consumer or mass caterer shall ensure the presence and accuracy of the food information in accordance with the applicable food information law».

II. Rapporti tra legislazione alimentare e disciplina sulla sicurezza generale dei prodotti

La nozione di sicurezza alimentare deve essere però intesa all'interno di una visione più generale del mercato unico europeo nel quale, a partire dal Trattato di Maastricht (1992), la Comunità si è fatta carico di assicurare il più alto livello di tutela della salute e sicurezza delle persone. Primo riflesso di questa evoluzione "costituzionale" è stata la direttiva n. 92/59/Cee (successivamente sostituita dalla direttiva n. 2001/95/Ce) relativa alla sicurezza generale dei prodotti, la quale costituisce la normativa orizzontale in tema di sicurezza di tutti i prodotti commercializzati all'interno dello Spazio economico europeo.

In parallelo a quanto previsto dagli artt. 14.1 e 17.1 del regolamento n. 178/2002, anche questa direttiva ha come proprio cardine l'obbligo per ogni

⁶⁸ Cfr. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the provision of food information to consumers*, cit. *supra*, nota 7.

operatore economico di immettere sul mercato solo prodotti sicuri cioè prodotti 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 presentino alcun rischio ovvero rischi inaccettabili per la salute umana e la sicurezza delle persone⁶⁹.

Dal punto di vista degli obblighi dell'operatore privato, simmetricamente alla legislazione alimentare, anche per la direttiva sulla sicurezza generale dei prodotti, la presentazione del prodotto, la sua etichettatura, le avvertenze e le istruzioni per l'uso e qualsiasi altra informazione che sia richiesta dal livello – elevato – di sicurezza costituiscono parametri attraverso i quali valutare la sicurezza del prodotto⁷⁰.

È opportuno osservare che, accanto all'obbligo di commercializzare solo prodotti sicuri, gli obblighi di sicurezza gravanti sugli operatori economici si estendono, ai sensi dell'art. 5 della direttiva n. 2001/95, anche nella fase *post-vendita*, quando il prodotto è uscito dalla sfera di controllo del produttore e/o rivenditore finale: gli operatori economici devono essere costantemente informati dei rischi che i propri prodotti possono presentare in modo tale da intraprendere le azioni opportune, compresi, se necessario per evitare tali rischi, il ritiro dal mercato, l'informazione appropriata ed efficace dei consumatori e, *in extremis*, il richiamo del prodotto⁷¹.

Il contenuto prescrittivo della direttiva n. 2001/95 non si discosta dunque nelle sue linee di fondo dal regolamento sulla sicurezza alimentare che però, diversamente dalla direttiva, contiene disposizioni molto più specifiche in ordine alla definizione di prodotto non sicuro ed alla posizione di garanzia dell'operatore professionale, imponendo penetranti obblighi di comunicazione (di situazioni di non conformità) all'autorità di controllo competente⁷², che in talune fattispecie possono collidere con il divieto del *nemo tenetur se detegere*.

⁶⁹ In base all'art. 2.1. lett. a. della direttiva n. 2001/95/Ce, *cit. supra*, nota 17, per «prodotto» si intende «qualsiasi prodotto destinato, anche nel quadro di una prestazione di servizi, ai consumatori o suscettibile, in condizioni ragionevolmente prevedibili, di essere utilizzato dai consumatori, anche se non loro destinato, fornito o reso disponibile a titolo oneroso o gratuito nell'ambito di un'attività commerciale, indipendentemente dal fatto che sia nuovo, usato o rimesso a nuovo», mentre per «prodotto sicuro» la stessa direttiva fornisce la seguente definizione: «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 (...) (*omissis*)».

⁷⁰ Cfr. art. 2.1, lett. b., della direttiva n. 2001/95, *loc. cit.*

⁷¹ «Ritiro» e «richiamo» sono ipotesi di intervento emergenziale aventi un diverso significato normativo: il «ritiro» interessa il prodotto già posto in commercio ma non ancora nella disponibilità del consumatore, mentre il «richiamo» coinvolge prodotti che sono già entrati nella disponibilità del consumatore e riguarda principalmente il distributore finale. Tale distinzione è presente all'art. 2 della direttiva n. 2001/95/Ce e si trova confermata nel regolamento n. 178/2002.

⁷² È sufficiente, a questo proposito, confrontare gli obblighi di sicurezza gravanti sul *final retailer* ex direttiva n. 2001/95 con quelli previsti dal regolamento n. 178/2002.

I rapporti tra normativa orizzontale sulla sicurezza generale dei prodotti destinati ai consumatori (la direttiva n. 2001/95) e quella verticale (qui il regolamento n. 178/2002 e altre fonti afferenti alla nozione di legislazione alimentare) sono regolati dall'art. 1 della direttiva n. 2001/95 secondo cui «ciascuna delle sue disposizioni si applica nella misura in cui non esistano, nell'ambito della normativa comunitaria, disposizioni specifiche aventi lo stesso obiettivo che disciplinano la sicurezza dei prodotti in questione». Laddove una normativa specifica esista, quindi, la direttiva n. 2001/95 potrà trovare applicazione unicamente per gli aspetti e i rischi o le categorie di rischi non contemplati dalla legislazione verticale. Ora, anche se la quasi totalità degli obblighi di sicurezza generale previsti dalla direttiva trova nella legislazione alimentare puntuali e più dettagliate disposizioni, il rapporto tra i due settori normativi vede la direttiva sulla sicurezza generale dei prodotti come normativa di residuale applicazione relativamente ai rischi o categorie di rischi non contemplati dalla normativa di settore. Inoltre, «se dei prodotti sono soggetti a requisiti di sicurezza prescritti dalla normativa comunitaria, la presente direttiva si applica unicamente per gli aspetti e i rischi o le categorie di rischi non soggetti a tali requisiti». È dunque pacifico che il sistema di sicurezza generale dei prodotti, di cui alla direttiva n. 2001/95, trova applicazione nei termini sopra richiamati con riferimento a tutti i prodotti industriali, inclusi quelli alimentari. Se ne trae indiretta conferma dal *considerando* n. 59 del regolamento n. 178/2002 secondo il quale la disciplina della direttiva n. 2001/95 «interessa gli alimenti e i prodotti industriali, ma non i mangimi» e che le esigenze di tutela della salute pubblica, sottese alla produzione alimentare, impongono di porre in essere un sistema di allarme rapido «migliore e più ampio» del sistema c.d. RAPEX istituito in base alla direttiva n. 2001/95, agli artt. 11-13, *sub* capo V (*Scambi di informazioni e situazioni che esigono un intervento rapido*) ed all'allegato II.

Il recepimento italiano della direttiva sulla sicurezza generale dei prodotti, di cui al dlgs n. 172 del 21 maggio 2004, «Attuazione della direttiva n. 2001/95/Ce relativa alla sicurezza generale dei prodotti», non è dunque conforme alle disposizioni comunitarie, atteso che all'art. 1, comma 6° (oggi art. 102, comma 6°, del Codice del consumo) si escludono dal campo di applicazione i «prodotti alimentari di cui al regolamento n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002».

III. Le relazioni tra il regolamento sulla sicurezza alimentare e la disciplina della responsabilità per danno da prodotto difettoso

Il regolamento sulla sicurezza alimentare, unitamente ai regolamenti del c.d. pacchetto igiene, ridisegna gli elementi costitutivi della diligenza profes-

sionale richiesta all'operatore e all'impresa alimentare.

Come già accennato, le violazioni alla legislazione alimentare costituiscono il presupposto per l'applicazione di sanzioni, di natura penale o amministrativa, ed anche, stante l'art. 54 del regolamento n. 882/2004, l'adozione di provvedimenti per la risoluzione della non conformità accertata. Malgrado nel settore alimentare il processo di comunitarizzazione è ad uno stadio molto avanzato, altrettanto non può affermarsi con riferimento alle relative norme punitive, cioè alle norme che indicano le sanzioni da applicarsi nei casi di violazione delle norme di comportamento.

In punto di responsabilità civile, invece, l'art. 21 del regolamento n. 178/2002 dispone che gli artt. 4-20 si applichino «salvo il disposto» della direttiva n. 85/374/Cee del Consiglio, del 25 luglio 1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi⁷³.

⁷³ Sul tema, senza pretesa di completezza: C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, Giuffrè, 1979; G. ALPA - M. BESSONE, *La responsabilità del produttore*, Milano, Giuffrè, 1987; G. ALPA - M. BIN e P. CENDON, *La responsabilità del produttore*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. XIII, Padova, Cedam, 1989; R. PARDOLESI - G. PONZANELLI (a cura di), *La responsabilità per danno da prodotti difettosi (dpr 224/88)*, in *Nuove leggi civ. Comm.*, 1989; G. ALPA - U. CARNEVALI - F. DI GIOVANNI - G. GHIDINI - U. RUFFOLO - C. M. VERARDI, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Milano, Giuffrè, 1990; G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992; G. GIANNINI - M. POGLIANI, *La responsabilità da illecito civile: assicuratore, magistrato, produttore, professionista*, Milano, Giuffrè, 1996; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1997 e F. CAFAGGI, *La responsabilità dell'impresa per prodotti difettosi*, in LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, II, Padova, Cedam, 1997, p. 996. Inoltre: G. CALABRESI, *Costo degli incidenti, efficienza e distribuzione della ricchezza: sui limiti dell'analisi economica del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1985, II, p. 7; F. GALGANO, *Responsabilità del produttore*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 995; A. DI MAJO, *La responsabilità per prodotti difettosi nella direttiva comunitaria*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1989, I, p. 21; F. GALGANO, *Grande distribuzione e responsabilità per prodotti difettosi*, in *Contratto e impresa*, 1992, p. 7; G. PONZANELLI, *Armonizzazione del diritto vs. Protezione del consumatore: il caso della responsabilità del produttore*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 728; R. CONTI, *Corte di giustizia e responsabilità del produttore. Un passo avanti e (tre) indietro nella tutela del consumatore?*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1144; R. PARDOLESI - A. PALMIERI, *Difetti del prodotto e del diritto privato europeo*, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 300; M. E. ARBOUR, *Corte di giustizia e protezione delle tradizioni giuridiche nell'interpretazione della direttiva CEE/374/85*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 379; G. NARDONE, *Tutela dell'acquirente finale di un bene difettoso e responsabilità del produttore*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 249 e G. B. FERRI, *Garanzia, rischio e responsabilità oggettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 867 ss.

Per la giurisprudenza italiana relativa al dpr n. 224/88: Trib. Monza, 20 luglio 1993, in *Foro it.*, 1994, I, c. 252, con nota di G. PONZANELLI, *Dal biscotto alla mountain bike*; Trib. Milano, 13 aprile 1995, in *Danno e resp.*, 1996, p. 381, con nota di G. PONZANELLI, *Crollo di un letto a castello: responsabilità del produttore-progettista e del montatore*; Trib. Monza, 11 settembre 1995, in *Resp. civ. prev.*, 1996, p. 353, con nota di C. MARTORANA, *L'orditoio: una macchina che non offre la sicurezza che si possono attendere ... le persone con alta statura*; Trib. Roma, 11 maggio 1998, in *Danno e resp.* 1998, p. 1147, con nota di G. PONZANELLI, *Anche le bottiglie italiane esplodono*, e in *Foro it.*, 1998, I, c. 3661, con nota di A. PALMIERI, *Dalla mountain bike alla bottiglia d'acqua minerale: un nuovo capitolo di un'opera incompiuta*; Trib. Milano, 31 gennaio 2003, in *Danno e resp.*, 2003, p. 634, con nota di A. BITETTO, *Oltre la siepe: la scala del giardiniere e la responsabilità da prodotto difettoso*; Trib. Torino, 17 maggio 2002, in *Danno e resp.*, 2003, p. 81, con nota di A. GIUSSANI, *I torti della Fiat verso i consumatori: la giustizia civile richiama le Dedra difettose*; Trib. Vercelli, 7 aprile 2003, in *Danno e resp.*, 2003, p. 1011, con nota di G. PONZANELLI, *Responsabilità oggettiva del produttore e difetto di informazione*; Trib. Roma, 3 novembre 2003 e *Id.*, 4 dicembre 2003, in *Danno e resp.*, 2004, p. 527, con nota di G. PONZANELLI, *Causa probabile del*

Anche se con una formulazione poco precisa dal punto di vista tecnico⁷⁴, questo articolo stabilisce che le disposizioni del capo II del regolamento n. 178/2002 si applicano senza pregiudizio della direttiva sulla responsabilità del produttore, evitando in tal modo di prendere espressa posizione sui rapporti tra gli obblighi di sicurezza alimentare e la responsabilità civile, in particolare quella derivante da danno da prodotto difettoso⁷⁵.

Come noto, i criteri di imputazione del danno previsti dal codice civile sono, con diverse gradazioni, riconducibili alla colpa, diversamente dalla disciplina di cui alla direttiva n. 85/374, che prescinde nelle sue linee più evidenti dall'elemento soggettivo.

Orbene, la pericolosità di un alimento o, meglio, la non conformità ai requisiti di sicurezza, è deducibile in giudizio quale «difetto», dovendosi intendere per tale l'assenza della «sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze», da cui sia derivato un danno risarcibile⁷⁶.

Dal tenore dell'art. 21 del regolamento n. 178/2002 è lecito inferire che possa essere qualificabile come «difetto» un alimento conforme alle prescrizioni della legislazione alimentare (si ipotizzi una confezione di carne macinata con cariche microbiche sotto il limite fissato dal regolamento n. 2073/2005).

L'obbligazione risarcitoria per danno da prodotto difettoso interessa in via principale⁷⁷ il soggetto qualificabile come «produttore», cioè il «fabbricatore».

danno e responsabilità del produttore; Cass., 14 giugno 2005, n. 12750; Id., 29 aprile 2005, n. 8981 e Trib. Venezia, 14 febbraio 2005, tutte in *Danno e resp.*, 2006, p. 259 con nota di A. BITETTO, *Responsabilità da prodotto difettoso: strict liability o negligence rule?*; Trib. La Spezia, 26 ottobre 2005, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 465 con nota di M. GORGONI, *La responsabilità ex DPR n. 224/1988 tra rigurgiti giurisprudenziali e manovre normative* e anche in *Danno e resp.*, 2006, p. 173, con nota di G. PONZANELLI, *Stacco del tappo e difetto del prodotto* e Trib. Benevento, 24 febbraio 2006, in *Danno e resp.*, 2006, p. 1254, con nota di G. PONZANELLI, *Difetto del manico portabottiglie e responsabilità del produttore*; Cass., 15 marzo 2007, n. 6007 in *Resp. civ.*, 2007, p. 815 e Cass. 8 ottobre 2007, n. 20985 in *Resp. civ.*, 2007, p. 1014 con nota di M. TUOZZO, *Responsabilità da prodotto ed onere probatorio: il S.C., fortunatamente ci ripensa!*

⁷⁴ Così F. ALBISINNI, in AA. VV., *La sicurezza alimentare nell'Unione europea*, cit. supra, nota 1, p. 284.

⁷⁵ La direttiva n. 85/374 è stata oggetto delle seguenti sentenze della Corte di giustizia: 13 gennaio 1993 in causa n. C-293/91, *Commissione c. Repubblica francese*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1; 29 maggio 1997 in causa n. C-300/95, *Commissione c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 2649; 10 maggio 2001 in causa n. C-203/99, *Veefald c. Århus Amtskommune*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 3569 ss.; 25 aprile 2002 in causa n. C-52/00, *Commissione c. Repubblica francese*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 3827 ss.; 25 aprile 2002 in causa n. C-154/00, *Commissione c. Repubblica ellenica*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 3879; 25 aprile 2002 in causa n. C-183/00, *Sánchez c. Medicina Asturiana SA*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 3901 ss.; 10 gennaio 2006 in causa n. C-402/03, *Skov Æg c. Bilka Lavprisvarehus A/S*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 199; 9 febbraio 2006 in causa n. C-127/04, *O'Byrne c. Sanofi Pasteur MSD Ltd*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 1313; 14 marzo 2006 in causa n. C-177/04, *Commissione c. Repubblica francese*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2461 ss.

⁷⁶ Cfr. art. 6 della direttiva n. 85/374, cit. supra, nota 59. In argomento, per tutti, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit. supra, nota 73, p. 191 ss.; M. L. LOI, *Commentario all'articolo 5*, in R. PARDOLESI - G. PONZANELLI (a cura di), *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, cit. supra, nota 73, p. 543.

⁷⁷ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 10 gennaio 2006 in causa n. C-402/03, *Skov e Bilka*, cit. supra, nota 75, con la quale la Corte ha ribadito che, in base alla armonizzazione "globale" di-

cante di un prodotto finito, il produttore di una materia prima o il fabbricante di una parte componente, nonché ogni persona che, apponendo il proprio nome, marchi marchio o altro segno distintivo sul prodotto, si presenta come produttore dello stesso» come pure, e senza pregiudizio della responsabilità del produttore, l'importatore di un prodotto nella Comunità europea⁷⁸.

Se si definisce l'obbligazione risarcitoria per danno da prodotto difettoso come "rischio-target", la "risposta" ad esso può descriversi come dipendente da due fattori, la percezione del rischio e la capacità di reazione all'evento e, conseguentemente, essere oggetto di analisi e gestione attraverso le quattro note funzioni generali del *risk control*: eliminazione, riduzione, trasferimento e ritenzione del rischio⁷⁹.

L'eliminazione del rischio (giuridico) è riferibile alla considerazione che l'obbligazione risarcitoria è esclusa quando il danneggiato non assolve all'onere probatorio di cui all'art. 4 della direttiva n. 85/374 ovvero, dal punto di vista del produttore-convenuto, se quest'ultimo riesce a provare l'inesistenza del danno, del difetto (ipotesi plausibile) o del nesso causale o, ancora, l'esistenza di una eziologia del danno diversa da quella sostenuta in giudizio dall'attore⁸⁰. Soprattutto, l'esclusione della responsabilità può dipendere dalla applicabilità di una delle ipotesi esimenti di cui all'art. 7 della direttiva n. 85/374 e all'art. 118 del codice del consumo⁸¹.

sposta dalla direttiva n. 85/374, una legislazione nazionale non possa imputare la responsabilità per danno da prodotto difettoso in capo a soggetti diversi dal produttore.

⁷⁸ Cfr. art. 1.1 e 1.2 della direttiva n. 85/374, *loc. cit.* In merito alla titolarità dell'obbligazione *de qua* in capo al soggetto economico che si limita ad apporre sul prodotto finito il proprio marchio (c.d. produttore apparente), all'opinione di chi ritiene che per l'integrazione dell'obbligo non sarebbe sufficiente l'apposizione di un marchio ma anche che, a seguito di questa, esso si presenti al pubblico come produttore, si oppone quella secondo cui sarebbe sufficiente l'apposizione del segno distintivo ai fini della responsabilità. Per la prima opinione U. CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Milano, Giuffrè 1974, p. 413, per la seconda: A. ATTI, *I soggetti equiparati al fabbricante*, in G. ALPA - M. BIN - P. CENDON, *La responsabilità del produttore*, cit. *supra* nota 73, p. 71. L'ipotesi di una doppia riconducibilità del prodotto tanto al produttore apparente quanto al fabbricante non è così remota nel settore alimentare dove, ad esempio, i prodotti a marchio commerciale (c.d. *private label*) recano oltre al marchio del distributore anche la indicazione dello stabilimento di produzione o di confezionamento, obbligatoria ex art. 3, 1° comma, lett. f, dlgo n. 109/1992.

⁷⁹ Per una impostazione analoga AA.VV., *Product liability in Europe*, cit. *supra*, nota 47, Per un'introduzione all'analisi del comportamento dei soggetti economici a fronte del rischio e delle crisi, M. E. PENNING - B. WANSINK e M. T. G. MEULENBERG, *A note on modeling consumer reactions to a crisis: the case of the madcow disease*, in *International Journal of Research in Marketing*, febbraio, 2002, p. 1.

⁸⁰ Si veda G. PONZANELLI, *Causa probabile del danno e responsabilità del produttore*, cit. *supra*, nota 73.

⁸¹ Relative alle seguenti fattispecie: *a.* che il produttore-convenuto non ha messo il prodotto in circolazione; *b.* che, tenuto conto delle circostanze, è lecito ritenere che il difetto che ha causato il danno non esistesse al momento della immissione sul mercato o sia sorto successivamente; *c.* che il produttore-convenuto non ha fabbricato il prodotto per la vendita o qualsiasi altra forma di distribuzione a scopo economico, né l'ha fabbricato o distribuito nel quadro della sua attività professionale; *d.* che il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a regole imperative emanate dai poteri pubblici; *e.* che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui ha messo in circolazione il prodotto non permetteva di scoprire l'esistenza del difetto; *f.* nel caso del produttore di una parte componente, che il difetto è dovuto alla concezione del prodotto in cui è stata incorporata la parte o alle istruzioni date dal produttore del prodotto.

Ai fini dell'applicazione dell'esimente relativa alla mancata «immissione sul mercato»⁸², si possono riconoscere effetti positivi in sede di assolvimento dell'onere probatorio ai sistemi di rintracciabilità, obbligatori ex art. 18 del regolamento n. 178/2002, i quali consentono di fornire in sede di istruzione probatoria il "percorso" del prodotto o di un componente. Il più delle volte, si tratterà di documenti prodotti unilateralmente dalla parte (l'impresa), sebbene in regime di "autocontrollo" (artt. 4 ss. del regolamento n. 852/2004) e sotto la sorveglianza del controllo ufficiale, e dunque oggetto di libera valutazione da parte del giudice.

In secondo luogo è utile interrogarsi se possa qualificarsi ancora come «messo in circolazione» quell'alimento il cui produttore abbia provveduto a ritirare in ragione della non conformità ai requisiti di sicurezza ed in ottemperanza all'obbligo di garanzia di cui all'art. 19 del regolamento n. 178/2002 o di altra disposizione specifica (si pensi all'art. 7 del regolamento n. 2073/2005).

È dato pacifico che se la circolazione del prodotto sia avvenuta contro la volontà del produttore, ad esempio per furto, rapina, appropriazione indebita etc., la responsabilità per danno da (quel) prodotto difetto è esclusa in base all'art. 118, lett. a., del codice del consumo⁸³. Tale conclusione appare configurabile con riferimento agli alimenti ritirati, cioè a quei prodotti, volontariamente messi in circolazione dal produttore ma che, a seguito di eventi successivi, si siano evidenziati come "a rischio" e pertanto fatti oggetto di un ritiro dal mercato sollecitato dal produttore e rivolto agli altri operatori della filiera che si trovino nella disponibilità dei beni oggetto di ritiro: individuati come non conformi, non sicuri, pericolosi e quindi potenzialmente "difettosi", e comunicando l'impresa questa informazione agli altri operatori coinvolti, i prodotti interessati dovrebbero essere qualificati come non più in circolazione, per lo meno ai fini dell'esimente di cui all'art. 118, lett. a., del codice del consumo e con decorrenza dalla comunicazione ai destinatari dell'avviso di ritiro. Nell'ipotesi in cui, malgrado l'avviso e l'attivazione del piano di ritiro, il distributore, ad esempio, ometta di ritirare dalla disponibilità al consumatore i «prodotti a rischio», esclusa la responsabilità del produttore, resta configurabile in capo al distributore una responsabilità ex art. 1494 ovvero in base all'art. 2043 se non anche in base all'art. 2050 c.c.⁸⁴ In queste ultime ipotesi di responsabilità, l'elemento psicologico sarebbe facilmente comprovato dalla

⁸² Sul concetto di immissione in commercio: M. BIN, *L'esclusione della responsabilità*, in G. ALPA - M. BIN e P. CENDON (a cura di), *La responsabilità del produttore*, cit. *supra*, nota 73, p. 117-125 e C. COSSU, *La messa in circolazione del prodotto*, *ivi*, p. 151-154. Da ultimo si veda la sentenza della Corte di giustizia del 9 febbraio 2006 in causa n. C-127/04, cit. *supra*, nota 75, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 826 con nota di U. CARNEVALI, *Il momento della "messa in circolazione" del prodotto difettoso*.

⁸³ Così M. BIN, *L'esclusione della responsabilità*, cit. *supra*, nota 82.

⁸⁴ Sul punto, da ultimo, G. STELLA, *La responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso nel nuovo codice del consumo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 1589.

mancata ottemperanza dell'obbligo di ritiro, attivatosi con la ricezione dell'avviso da parte del produttore, e, quanto all'antigiuridicità del fatto, dovendosi riconoscere che il comportamento omissivo del rivenditore finale è contrario al precetto di cui all'art. 19.3 del regolamento n. 178/2002⁸⁵.

Venendo all'esimente disciplinata dall'art. 118, lett. b., del codice del consumo, in forza della quale la responsabilità è esclusa se «il difetto che ha cagionato il danno non esisteva quando il produttore ha messo il prodotto in circolazione», questa ipotesi, calata nella produzione e commercializzazione di alimenti e mangimi, rinvia a situazioni di contaminazione/adulterazione che si verifichino successivamente alla consegna da parte del produttore finale e che possono derivare, trattandosi di derrate alimentari, da errate prassi igieniche come pure da interventi di sabotaggio o manomissione dolosa. L'onere della prova relativa al momento in cui il prodotto ha subito la manomissione ovvero lo scadimento qualitativo che è dedotto quale "difetto" risulta particolarmente gravoso: fuori da casi conclamati di sabotaggio o terrorismo, nei quali l'esimente risulterebbe più facilmente applicabile, nelle altre ipotesi in cui l'insorgere della contaminazione non si può stabilire con certezza, l'*onus probandi* risulta tale da ridurre ai minimi termini il positivo ricorso a questa fattispecie di esclusione della responsabilità del produttore⁸⁶.

⁸⁵ L'omissione da parte di un responsabile di un esercizio di vendita (al dettaglio o meno) darebbe anche luogo alla applicazione delle sanzioni amministrative di cui all'art. 5 del dlgs n. 190/06, *cit. supra*, nota 15, che sanziona il distributore finale che non attui, per quanto di competenza, gli interventi predisposti dai responsabili della produzione, della trasformazione e della lavorazione e dalle autorità competenti, ai fini del ritiro o richiamo degli alimenti o mangimi, salvo il caso che, avendo il consumo di detti prodotti comportato lesioni personali ovvero la morte, non sussistano responsabilità penali.

⁸⁶ Vale richiamare in questo senso la conclusione giurisprudenziale secondo la quale anche un programma di controllo su ogni singolo prodotto in uscita (ad esempio *metal detector*) non integra l'onere probatorio di cui alla lett. b. dell'art. 118 del codice del consumo (ex art. 6 dpr n. 224/88). Può citarsi il caso deciso dal Giudice di Pace di Monza con sentenza del 20 marzo 1997 n. 1386, *Facanabla c. Fall. Saclà Spa*, in *Archivio civ.*, 1997, p. 877 richiamato con ampi stralci in V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti*, *cit. supra*, nota 1, p. 568. La causa era originata dalla frattura di due premolari di un commensale a seguito di masticazione di riso condito con un prodotto in scatola contenente un frammento di metallo: in sede di istruzione probatoria, i capitoli di prova proposti dal convenuto, tesi a dimostrare che le cautele produttive in sede di produzione erano volte a evitare quel tipo di difetto (impiego di controllo mediante *metal detector*), furono respinti dal giudice in base alla considerazione che «detta prova era irrilevante, in quanto tutti gli accorgimenti tecnici posti al fine della produzione non possono dimostrare, di per sé, che quel "barattolo" non contenesse "anche" un frammento di metallo introdotto dopo che fossero stati eseguiti gli esami di cui sopra». L'ordinanza citata trova riscontro anche nella più recente sentenza del Trib. Benevento, 24 febbraio 2006, *cit. supra*, nota 73, relativamente alla quale autorevolmente è stato osservato come «sempre nei limiti di un modulo di responsabilità oggettiva, è sufficiente provare il danno, potendo il difetto essere desunto dalle concrete circostanze in cui si è verificato l'evento dannoso, essere, cioè, in re ipsa. Facilitazione probatoria e processuale, tutto sommato, più che ragionevole e prevedibile» (Cfr. G. PONZANELLI, *Difetto del manico portabottiglie*, *cit. supra*, nota 73). In senso contrario, però, sembra deporre la recente sentenza Cass., 15 marzo 2007, n. 6007 secondo la quale è «del tutto evidente dalla formulazione letterale della norma, che l'art. 1 della legge (dpr n. 224/88, ndA) lega la speciale responsabilità del produttore dalla stessa introdotta al nesso di causalità tra il danno ed il difetto del prodotto al quale (difetto) viene così attribuito il carattere di un prerequisite della responsabilità e la funzione delimitativa dell'ambito di applicazione di tale responsabilità che, proprio perché tale, piuttosto che causa di esonero della responsabilità, spetta al danneggiato provare secondo il prin-

Con riferimento al difetto «dovuto alla conformità del prodotto a regole imperative emanate dai poteri pubblici», la produzione in ottemperanza di specifiche tecniche cogenti *ex lege* pone l'impresa al riparo da addebiti di responsabilità oggettiva nell'ipotesi in cui il "difetto" dedotto in giudizio sia dovuto direttamente alla conformità imposta da norme di legge secondo un rapporto di causa-effetto (art. 118, lett. *d.*, del codice del consumo)⁸⁷. Questa disposizione trova conferma anche nella legislazione alimentare secondo cui «gli alimenti conformi a specifiche disposizioni comunitarie riguardanti la sicurezza alimentare sono considerati sicuri in relazione agli aspetti disciplinati dalle medesime» (art. 14.7 del regolamento n. 178/2002).

Oltre al caso di disposizioni imperative, la realtà economica presenta anche la crescente diffusione di norme che, usando una terminologia non forgiata dai giuristi, si suole chiamare "volontarie" in quanto pubblicate da enti di normalizzazione europei/nazionali *riconosciuti* dalla Comunità europea o dalle autorità nazionali (c.d. norme armonizzate); il loro rispetto, rimesso alla autonomia imprenditoriale, dà luogo ad una presunzione, solo *iuris tantum*, di sicurezza. Tale presunzione dunque non elimina ma riduce il rischio della obbligazione risarcitoria quando il danno sia dovuto ad un aspetto-difetto previsto dalla "normativa convenzionale"⁸⁸.

Nel settore alimentare il ruolo della normativa tecnica è consolidato e richiamato dalle stesse fonti legislative: ad esempio il regolamento n. 2073/2005 (sui criteri microbiologici) ed il regolamento n. 882/2004, relativo ai controlli ufficiali sugli alimenti, rinviano ampiamente alle norme europee (norme EN) per quanto concerne i test microbiologici, i campionamenti o, ancora, la valutazione dei laboratori che eseguono i *test*.

Il fenomeno di convergenza tra il settore cogente e la normativa tecnica, di per sé avente valore pattizio, ha conosciuto una rapida accelerazione: al riguardo basti citare gli artt. 3 e 4 della direttiva n. 2001/95 che, innovando ri-

cipio generale sull'onere della prova stabilito dall'art. 2697 c.c. e la regola, quindi, che pone a carico di colui che intende fare valere un diritto l'onere di provare gli elementi costitutivi di tale diritto». Tale ultimo precedente è stato però disatteso dalla successiva pronunzia della Cassazione resa con sentenza dell'8 ottobre 2007, n. 20985, *cit. supra*, nota 73.

⁸⁷ La corrispondente disposizione della direttiva comunitaria (art. 7, lett. *e.*, della direttiva n. 85/374) prevede che il produttore non sia responsabile se prova che il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a regole imperative emanate dai poteri pubblici.

⁸⁸ Cfr. art. 14.7 e art. 14.9 del regolamento n. 178/2002. In tema di "standardizzazione" interessanti spunti in K. BLIND (a cura di), *Standards in the service sectors. An explanatory study*, aprile, 2003, studio commissionato dalla Commissione CE, *Enterprise Directorate-general*, contract n. 20010671; E. GUSTAVSON, *Selling practices and standardization – a study on interaction practices between seller and buyer on the industrial market*, contributo al 14° *Nordic Conference on Business Studies*, School of Economics and Commercial Law, Göteborg, 1997; H. DE VRIES, *Standardization. A Business Approach to the role of National Standardisation Organisation*, Boston-Dordrecht-London, 1999, p. 341. Il fenomeno della "standardizzazione" è legato a quello della certificazione: sul punto, il recente studio *Food supply chains dynamics and quality certification* dell'*Institute for Prospective Technological Studies* (Seville), novembre 2005, commissionato dalla Commissione Ce, Direzione Generale *Joint Research Centre* (doc. DG JRC/IPTS).

spetto alla precedente direttiva n. 92/59, muta sul punto, individuano diversi modelli di produzione di queste "norme volontarie". In forza della direttiva sulla sicurezza generale dei prodotti sussiste una presunzione relativa di sicurezza, con specifico riguardo ai rischi e le categorie di rischi disciplinati dalla pertinente normativa nazionale, quando il prodotto è conforme alle «norme nazionali non cogenti che recepiscono le norme europee, i cui riferimenti sono stati pubblicati dalla Commissione nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* a norma dell'art. 4» (art. 3.2, 2° comma direttiva n. 2001/95)⁸⁹. La presunzione in parola è, in taluni casi, condizione stessa per l'immissione nel mercato unico e determina sicuramente un effetto di agevolazione degli scambi infra-comunitari; tuttavia essa non esime l'autorità nazionale di controllo dal sorvegliare e quindi revocare in dubbio la sicurezza prestata da un dato prodotto⁹⁰.

⁸⁹ Come era prevedibile, l'interazione tra fonti legislative e attività di standardizzazione, all'interno del processo di integrazione europea, ha avuto un deciso sviluppo, tanto che oggi la direttiva n. 2001/95 disciplina in termini generali l'*iter* di produzione delle cc.dd. "norme" armonizzate. La procedura di produzione di norme europee di cui all'art. 3.2, comma 2°, è prevista dall'art. 4 e può riassumersi nel seguente modo: definizione dei requisiti generali di sicurezza secondo la procedura di comitato di cui all'art. 15.2 della direttiva n. 2001/95 e agli artt. 5 e 7 della decisione n. 1999/468/Ce; a ciò può conseguire un mandato della Commissione europea agli organismi di normazione europei di elaborare norme che soddisfino questi requisiti. Conclusosi l'*iter* di formazione, i riferimenti a dette norme europee sono pubblicati, a cura della Commissione, sulla *Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee*. Con la pubblicazione il procedimento di formazione della norma si conclude. Si osservi che la decisione in merito alla pubblicazione o meno dei riferimenti compete alla Commissione potendo essa, di propria iniziativa o su richiesta di uno Stato membro, decidere di revocare il riferimento, anche solo parzialmente, ad una norma europea in precedenza validata. Alla c.d. "normazione tecnica" fa espresso riferimento anche il citato regolamento n. 882/2004, relativo ai controlli ufficiali sugli alimenti, laddove richiama le norme europee (norme EN) sviluppate dal Comitato europeo di normalizzazione (CEN) specificatamente dirette al funzionamento ed alla valutazione dei laboratori che eseguono i test e il funzionamento e l'accreditamento degli organismi di controllo (cfr. *considerando* n. 20 del regolamento n. 882/2004). In tema di certificazione dei prodotti, da ultimo, E. BIVONA, *Le certificazioni: vizi del prodotto e responsabilità dell'ente certificatore*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 1332-1363.

⁹⁰ Cfr. in Italia l'art. 105, commi 2° e 5° del codice del consumo. Dal 1° gennaio 2010 entrerà in vigore il regolamento 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 e che abroga il regolamento (Cee) n. 339/93». L'intervento delle istituzioni di Bruxelles mira ad assicurare che i prodotti che circolano all'interno della Comunità e, soprattutto, quelli che vi entrano da Paesi terzi soddisfino i requisiti di sicurezza (la salute e la sicurezza in generale, la salute, la protezione dei consumatori, la protezione dell'ambiente e la sicurezza pubblica) in maniera tale da preservare la libera circolazione tra i ventisette Paesi membri. Nell'assenza di indirizzi comunitari, infatti, vi è stato un fiorire di metodi e sistemi differenti quanto alle attestazioni di conformità c.d. "di parte terza", sicché il rigore applicato nell'esecuzione dell'accreditamento varia da uno Stato membro all'altro. Certamente il legislatore comunitario si è mosso con una visione organica del fenomeno, disciplinando l'accreditamento degli organismi di valutazione della conformità all'interno di un sistema complesso che parte dalla produzione di norme tecniche, si snoda attraverso il controllo di certificazione e si chiude con le attività di vigilanza del mercato. Le prescrizioni sull'accreditamento sono accompagnate da un quadro unitario relativo a prescrizioni minime sulla marcatura CE, le attività di vigilanza (controllo della sicurezza dei prodotti, ad esempio) e di scambio delle informazioni. In tale contesto l'accreditamento è uno dei gangli di un sistema in cui la "fiducia" è elemento cardine (*considerando* n. 12). Uno dei pilastri di questo sistema è l'unicità dell'organismo nazionale di accreditamento: uno Stato membro, un solo organo di accreditamento nazionale. Corollario ne è il principio di non concorrenza: «Gli organismi nazionali di accreditamento non sono in concorrenza con altri organismi nazionali di accreditamento» obbligando gli organismi di valutazione della conformità a chiedere l'accreditamento all'organismo

Più incerto è, invece, il valore della presunzione a fronte di denunce di vizi o mancanza di qualità avanzate da un operatore professionale che acquisti per rivendere tal quale un prodotto "finito": posto che, in base alla direttiva n. 2001/95, il «distributore» deve operare con diligenza⁹¹, potrebbe forse ritenersi che il rifiuto di commercializzare prodotti, acquistati come sicuri ma rivelatisi – ad un più attento esame dell'acquirente-rivenditore – tali da non garantire la «sicurezza che ci si può legittimamente attendere», possa concretare il legittimo rifiuto di destinare alla vendita il prodotto in questione in base agli obblighi di protezione del consumatore, potendosi in tal modo argomentare la insussistenza di una obbligazione risarcitoria conseguente all'inadempimento da parte dell'acquirente nei confronti del venditore, pur in presenza di una attestazione di conformità c.d. "di parte terza".

Venendo all'esimente dei rischi di sviluppo, questa ipotesi trova applicazione nei casi in cui il prodotto presentasse il difetto già al momento dell'immissione sul mercato che, però, lo stato della scienza e della tecnica disponi-

nazionale di accreditamento dello Stato membro dove sono stabiliti e ciò, si spiega, al fine di «evitare accreditamenti multipli, aumentare l'accettazione ed il riconoscimento dei certificati di accreditamento e per svolgere un controllo efficace degli organismi di valutazione della conformità accreditati». Secondo elemento caratterizzante il regolamento n. 765/2008 in tema di accreditamento è la trasparenza, una serie di requisiti e prescrizioni vincolanti e tendenti a preservare il «necessario livello di fiducia»: si vuole garantire il mantenimento del valore peculiare dell'accreditamento che è strettamente legato alla autorità della competenza tecnica degli organismi coinvolti. In particolare gli organismi nazionali di accreditamento devono essere organizzati in modo da garantire l'indipendenza dagli organismi di valutazione della conformità da essi valutati e la mancanza di pressioni commerciali o conflitto d'interesse con gli organismi di valutazione della conformità. Altro requisito, anche questo invero bisognoso di precisazioni, è che l'organizzazione e la gestione dell'organismo di accreditamento assicuri l'obiettività, l'imparzialità e la competenza nello svolgimento del loro mandato. A questi fini il regolamento prevede anche disposizioni sul numero di dipendenti, sulle procedure per il controllo interno (tra cui le *performance* dei propri valutatori) e la pubblicazione annuale di «resconti oggetto di revisione contabile». Altra novità del regolamento n. 765/2008 è la valutazione periodica alla quale ogni organismo di accreditamento si deve sottoporre (c.d. valutazione *inter pares*) svolta sotto l'egida della Cooperazione europea per l'accreditamento (EA): questo sistema di verifica periodica dovrebbe servire, nelle intenzioni del legislatore, ad assicurare l'equivalenza del livello di competenza degli organismi di valutazione della conformità, oltre che a facilitare il riconoscimento reciproco ed a promuovere l'accettazione generale dei certificati di accreditamento e delle valutazioni di conformità effettuate dagli organismi accreditati. Il regolamento n. 765/2008 deve però essere letto unitamente al regolamento n. 764/2008 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/Cee» su cui J. A. SWINDELLS, *Un nuevo procedimiento para facilitar la libre circulación de productos alimenticios y alimentarios (reconocimiento mutuo): el Reglamento n° 764/2008*, in *Revista de Derecho Alimentario*, October 2008, p. 18.

⁹¹ I distributori di beni industriali sono tenuti, ex art. 5.2 della direttiva n. 2001/95, ad agire con diligenza per contribuire all'osservanza degli obblighi di sicurezza pertinenti, in particolare sono tenuti a non fornire prodotti che sappiano oppure che avrebbero dovuto sapere, in base alle informazioni in loro possesso ed in quanto operatori professionali, non conformi agli *standard* di sicurezza. Inoltre, essi devono, nei limiti delle rispettive attività, partecipare ai controlli della sicurezza dei prodotti immessi sul mercato, in particolare trasmettendo le informazioni concernenti i rischi dei prodotti, conservando e fornendo la documentazione atta a rintracciare l'origine dei prodotti e collaborando alle azioni intraprese da produttori e autorità competenti per evitare tali rischi. Come già segnalato, nell'ambito alimentare, questo obbligo di protezione assume caratteri più precisi (comunicazione obbligatoria all'autorità sanitaria competente, informazione al consumatore, ecc.).

bile in quel momento non permetteva di individuare⁹². Il tema, di grande suggestione ed interesse, ha importanti declinazioni nel settore della fabbricazione di prodotti alimentari, il cui impatto sulla salute dipende in larga misura dallo stato delle conoscenze scientifiche e tecnologiche.

Come già anticipato con riferimento agli artt. 14 e 19 del regolamento n. 178/2002, la legislazione alimentare certamente arricchisce di diverse sfumature la posizione di garanzia gravante sugli operatori professionali del settore. Si è in precedenza anche segnalata la ricostruzione, prospettata da alcuni autori, del dovere di diligenza come condizionato ed ampliato dalla previsione espressa del principio di precauzione da parte dell'art. 7 del regolamento sulla sicurezza alimentare. Ai fini della valutazione di questa proposta interpretativa può osservarsi che l'obbligo di sicurezza e il grado di diligenza esigibile dall'operatore del settore alimentare può impostarsi su tre dati testuali.

Il primo si desume dall'art. 17.1 del regolamento n. 178/2002, in base al quale «spetta agli operatori del settore alimentare e dei mangimi garantire che nelle imprese da essi controllate gli alimenti o i mangimi soddisfino le disposizioni della legislazione alimentare inerenti alle loro attività in tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione e verificare che tali disposizioni siano soddisfatte». Il secondo dato è ricavabile sempre dal regolamento n. 178/2002, art. 19.2, con specifico riferimento agli obblighi di sicurezza del *final retailer*: in base a questa disposizione gli operatori alimentari, responsabili di attività di vendita al dettaglio o distribuzione che non incidono sul confezionamento, sull'etichettatura, sulla sicurezza o sull'integrità dell'alimento devono, entro i limiti delle rispettive attività, avviare procedure per ritirare dal mercato i prodotti non conformi ai requisiti di sicurezza alimentare e contribuire a garantire la sicurezza degli alimenti trasmettendo al riguardo le informazioni necessarie ai fini della loro rintracciabilità, collaborando agli interventi dei responsabili della produzione, della trasformazione e della lavorazione e/o delle autorità competenti. Il terzo elemento si ricava dall'art. 5.1, comma 3°, della direttiva sulla sicurezza generale dei prodotti (direttiva n. 2001/95) secondo il quale «sempre nei limiti delle rispettive attività, i produttori devono adottare misure proporzionate, in funzione delle caratteristiche dei prodotti da essi forniti, onde: a. essere informati sui rischi che tali prodotti potrebbero presentare; b. intraprendere le azioni opportune, compresi, se necessario per evitare tali rischi, il ritiro dal mercato, l'informazione appropriata ed efficace dei consumatori e il richiamo del prodotto».

Dalle disposizioni ora citate emerge la considerazione per la quale l'ascri-

⁹² In tema di *standard* produttivi, «stato dell'arte» e responsabilità del produttore, v. sentenza della Corte di giustizia del 29 maggio 1997 in causa n. C-300/95, *cit. supra*, nota 75, in *Foro it.*, 1997, IV, c. 388 con commento di G. PONZANELLI, *Regno Unito, Corte di Giustizia ed eccezione dello state of art*, ed anche la nota di S. BASTIANON, in *Danno e resp.*, 1998, p. 1066. Sul tema, più recentemente, F. SANTONASTASIO, *Principio di "precauzione" e responsabilità d'impresa: rischio tecnologico e attività pericolosa "per sua natura". Prime riflessioni su un tema di ricerca*, in *Contratto Impresa/Europa*, 2005, p. 21.

zione di obblighi sia circoscritta all'ambito delle «rispettive attività» il che può essere inteso anche come «capacità di controllo del rischio». Se ciò vale per l'obbligo lo stesso dovrebbe valere in ordine ai canoni per valutare la responsabilità conseguente alla violazione del primo. Viceversa, assumere che con il regolamento n. 178/2002 si sia voluto imporre una prospettiva di «precauzione» anche all'impresa, e dunque ricavarne una diversa assegnazione della civile responsabilità, equivarrebbe a restringere l'ambito di applicazione dell'esimente dei rischi di sviluppo come disciplinata dalla normativa sulla responsabilità per danno da prodotto difettoso: il conseguente ampliamento della responsabilità del produttore equivarrebbe ad una modifica implicita della disposizione di cui all'art. 7, lett. e., della direttiva n. 85/374 la quale, oltre che essere *expressis verbis* esclusa dal citato art. 21 del regolamento n. 178/2002, graverebbe solo e irragionevolmente sul produttore alimentare.

Passando ora alla seconda funzione di *risk control*, la riduzione del rischio⁹³, i profili di responsabilità per colpa, tanto contrattuale quanto extra contrattuale evidenziabili nello scenario di crisi alimentare, sono "respingibili" sulla base di un piano aziendale che abbia sufficientemente demarcato i "confini" della responsabilità civile ed in cui si siano calibrate le relative clausole contrattuali (di manleva, patti limitativi, controlli della merce)⁹⁴. Lo stesso non può dirsi per il rischio «responsabilità del produttore per difetto» in quanto, mentre sono lecite le clausole di limitazione o esonero relative all'illecito aquiliano nei limiti della colpa lieve e se recanti la doppia sottoscrizione⁹⁵, così non è per quelle clausole relative alla responsabilità per danno da prodotto difettoso in quanto vietate dall'art. 124 del codice del consumo⁹⁶.

In chiave di riduzione del rischio «responsabilità civile del produttore», si può anche considerare l'azione di regresso di cui si interessa espressamente il codice del consumo all'art. 121 (ex art. 9 del dpr n. 224/1988) che prevede la fattispecie di più "responsabili" cui il danno sia imputabile⁹⁷.

⁹³ La funzione di *risk reduction* consiste nell'abbattimento dell'impatto negativo del danno atteso oppure la probabilità di accadimento del rischio.

⁹⁴ Cfr. D. DE STROBEL, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 680. Sul ruolo dell'autocontrollo igienico ai fini dell'accertamento della responsabilità penale o amministrativa nel settore alimentare V. PACILEO, *Autocontrollo igienico-sanitario nell'impresa alimentare e modelli di organizzazione aziendale: un confronto possibile tra d.lg. n. 155/97 e d.lg. n. 231/01*, in *Cass. pen.*, 2003, 7-8, p. 2494.

⁹⁵ Sulle clausole di esonero e limitazione della responsabilità civile: L. DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, Cedam, 2000.

⁹⁶ Sul punto L. DELOGU, *Le modificazioni convenzionali*, cit. *supra*, nota 95, p. 106-119.

⁹⁷ Ai fini della responsabilità civile dell'impresa dunque i patti derogativi hanno un certo riconoscimento (ad esempio le clausole di manleva). In assenza di queste clausole contrattuali, sopperisce la legge che indica tre criteri per la determinazione delle quote dei co-obbligati: il criterio della colpa (quindi della *diligenza* esigibile), il criterio dell'entità delle conseguenze (del danno) ed il «criterio del rischio» («in base al rischio riferibile a ciascuno»). Con riferimento al «criterio del rischio» si può suggerire di ricercare la sua determinazione nell'apporto materiale, nella incidenza sulla creazione del danno e nella «capacità di controllo» che l'azienda coinvolta presenta. In tale prospettiva la capacità di argomentare, in sede di istruzione probatoria, l'efficacia di previsione e di controllo del rischio è una opportunità fattibile verso cui il piano aziendale potrebbe utilmente orientarsi.

Un altro strumento di riduzione si può evidenziare nella funzione della comunicazione del rischio. La disponibilità sul mercato di prodotti il cui "uso" richiede una diligenza *qualificata* comporta, da un lato, che il "produttore" si faccia carico di fornire istruzioni per l'uso corretto nonché avvertenze circa i rischi secondo un'analisi metodologicamente accettabile e condivisibile, dall'altro, l'ordinamento richiede che l'utilizzatore o il consumatore sia un soggetto "educato" al rischio, cioè messo(si) nelle condizioni di reagire al rischio connesso all'uso⁹⁸.

Il disposto dell'art. 6, lett. *a.* e *b.* della direttiva n. 85/374 rende manifesto che «sicurezza dei prodotti» e «corretta informazione» sono aspetti inscindibili e reciprocamente interferenti. Tale dato, come si è accennato, è ribadito dalla direttiva n. 2001/95 e dal regolamento n. 178/2002⁹⁹. In particolare, nel settore alimentare le informazioni sul corretto uso del prodotto¹⁰⁰, laddove apposte in etichetta, possono valere, in sede di giudizio della responsabilità per danno da prodotto, ad escludere la sussistenza del difetto. Inoltre, fornendo al consumatore informazioni sui rischi insiti nel consumo dell'alimento, il produttore, per ipotesi convenuto per il risarcimento del danno, potrebbe invocare il concorso di colpa dell'attore-consumatore nella causazione del danno dedotto in giudizio, così come previsto dall'art. 122, comma 2° del codice del consumo¹⁰¹.

La comunicazione del rischio in etichetta può essere utile nella misura in cui rechi indicazioni sul corretto uso/conservazione dell'alimento o circa il riconoscimento di eventuali inidoneità del prodotto (al limite, consigliare di verificare la presenza di forature).

In questi casi, tuttavia, i *plus* di servizio, quali la comunicazione al consumatore o i servizi di allerta rapida, soffrono di alcune difficoltà: l'alimento è solitamente consumato a breve distanza dall'atto di acquisto e ciò comporta l'accorciamento dei tempi utili alla reazione; inoltre l'acquisto finale è soli-

⁹⁸ In tal senso *Relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva n. 85/374 relativa alla responsabilità per danno da prodotti difettosi*, doc. Com(2000) 893 def. del 31 gennaio 2001.

⁹⁹ L'art. 14.3, lett. *b.* del regolamento n. 178/2002 chiarisce che «per determinare se un alimento è a rischio occorre prendere in considerazione (...) le informazioni messe a disposizione del consumatore, comprese le informazioni riportate sull'etichetta o altre informazioni generalmente accessibili al consumatore sul modo di evitare effetti nocivi per la salute provocati da un alimento o categoria di alimenti». In tal modo, il regolamento n. 178/2002 ripropone la regola vigente nel campo della responsabilità da prodotto secondo cui il produttore è responsabile del danno causato da un difetto del suo prodotto e risponde dei danni (alla persona o alle cose) quando il danneggiato provi il danno, il difetto e la connessione tra il primo e il secondo (art. 4 della direttiva n. 85/374 e art. 120, comma 1° del codice del consumo), intendendosi per difetto anche una carenza informativa.

¹⁰⁰ A titolo di mero esempio, l'informazione relativa alla precauzione di non porre l'alimento grasso a contatto con talune pellicole protettive utilizzate nel *packaging*.

¹⁰¹ Tale articolo introduce una fattispecie di esclusione della responsabilità oggettiva per danni da prodotto difettoso (e conseguente azzeramento del *debitum*) «quando il danneggiato sia stato consapevole del difetto del prodotto e del pericolo che ne derivava e nondimeno vi si sia volontariamente esposto». In argomento: P. CENDÓN - A. VENCHIARUTTI, *La colpa del danneggiato*, in G. ALPA - M. BIN - P. CENDÓN, *La responsabilità del produttore*, cit. *supra* nota 73, p. 185-205.

tamente perfezionato con moneta contante, senza voler far riferimento alla dimensione del consumo alimentare. Per questi motivi il prodotto «pericoloso» diventa non rintracciabile, se non a un costo superiore (ad esempio l'impiego di tecnologie di *packaging* attive o intelligenti).

In forza dell'art. 122, comma 2° del codice del consumo, una campagna di avviso (*warning*) e di «richiamo» potrebbe in astratto porre le premesse per l'applicazione della fattispecie della riduzione della responsabilità (meglio, del *quantum*) per esposizione cosciente al pericolo. Tuttavia occorre valutare le difficoltà operative di una campagna di avviso «al consumatore» ed anche il regime probatorio in sede contenziosa. Da questo ultimo punto di vista, si tratterebbe di dimostrare che il consumatore danneggiato sia stato reso dall'impresa edotto del rischio alimentare connesso al consumo di quel dato prodotto. Da ciò deriva la legittima considerazione che un piano di «richiamo» e di comunicazione dell'allarme, limitando in astratto il numero di pretese risarcitorie e la lesione dell'immagine di *brand*, ben può assolvere ad una funzione di riduzione del danno atteso, mentre, in sede contenziosa, tale funzione sembra essere meno efficace.

Più in generale risulta che il regime di responsabilità civile per danno da prodotto difettoso non tenga conto se non – come si è visto – in modo indiretto della eventuale conformità dell'operatore professionale rispetto alla legislazione alimentare.

L'ordinamento richiede all'impresa alimentare specifici, puntuali e spesso costosi adempimenti nonché la predisposizione di procedure relative alla conduzione dell'attività imprenditoriale il cui puntuale rispetto tuttavia non garantisce l'operatore da pretese risarcitorie legate a profili di insicurezza concreta del prodotto alimentare.

Daniele Pisanello*

* Avvocato / Foro di Lecce.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE TRA PERSONALE DI RUOLO A TEMPO DETERMINATO E PERSONALE DI RUOLO A TEMPO INDETERMINATO IN MATERIA DI ATTRIBUZIONE DEGLI SCATTI DI ANZIANITÀ

Corte di giustizia

Sentenza del 13 settembre 2007 in causa n. C-307/05*

Yolanda Del Cerro Alonso c. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud

Art. 234 Ce - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 1999/70/Ce - Accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, clausola n. 4 - Richiesta di riconoscimento degli scatti salariali di dipendente a tempo determinato - Diniego - Disparità di trattamento tra lavoratore a tempo determinato e lavoratore a tempo indeterminato - Divieto di discriminazione.

La nozione di «condizioni di impiego» di cui alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, contenuto in allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/Ce, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretata nel senso che essa può servire da fondamento ad una pretesa come quella in esame nella causa principale che mira ad attribuire ad un lavoratore a tempo determinato scatti di anzianità che l'ordinamento nazionale riserva ai soli lavoratori a tempo indeterminato.

La clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro dev'essere interpretata nel senso che osta all'introduzione di una disparità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato giustificata dalla mera circostanza di essere prevista da una disposizione legislativa o regolamentare di uno Stato membro ovvero da un contratto collettivo concluso tra i rappresentanti sindacali del personale e il datore di lavoro interessato.

* In *Raccolta*, 2007, I, p. 7109 ss. In argomento v. *infra*, p. 739 ss., il commento di ANNA VALENTINI.

(*Omissis*) **In diritto**

Sulle questioni pregiudiziali

Osservazioni preliminari (Omissis)

Sulla prima questione

31. Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la nozione di «condizioni di impiego» di cui alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro debba essere interpretata nel senso che essa possa servire da fondamento ad una pretesa come quella in esame nella causa principale, che mira ad attribuire ad un lavoratore a tempo determinato scatti di anzianità che l'ordinamento interno riserva ai soli lavoratori a tempo indeterminato.

32. Il Governo spagnolo, l'Irlanda e il governo del Regno Unito hanno fatto valere che una soluzione negativa a tale questione s'impone a causa della formulazione dell'art. 137, n. 5, CE, quale interpretata nella sentenza 1° dicembre 2005 in causa n. C-14/04, *Dellas e a.*, in *Raccolta*, I, p. 10253, punto 39).

33. Occorre subito rilevare che il Consiglio dell'Unione europea, nell'adozione della direttiva n. 1999/70 finalizzata all'attuazione dell'accordo quadro, si è fondato sull'art. 139, n. 2, CE, il quale dispone che gli accordi conclusi a livello comunitario sono attuati nell'ambito dei settori contemplati dall'art. 137 CE.

34. Tra i settori per cui l'art. 137, n. 2, CE abilita il Consiglio ad emanare, mediante direttive, prescrizioni minime al fine di realizzare gli obiettivi previsti dall'art. 136 CE, tra cui figura il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori nonché una protezione sociale adeguata degli stessi, l'art. 137, n. 1, lett. b., CE enumera le «condizioni di lavoro».

35. Tuttavia, ai sensi dell'art. 137, n. 5, CE le disposizioni del detto articolo «non si applicano alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero né al diritto di serrata».

36. A tal proposito occorre rammentare in primo luogo che, ai sensi della clausola 1, lett. a., dell'accordo quadro, l'obiettivo di quest'ultimo è di «migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione». Del pari, il preambolo dell'accordo quadro precisa che esso «indica la volontà delle parti sociali di stabilire un quadro generale che garantisca la parità di trattamento ai lavoratori a tempo determinato, proteggendoli dalle discriminazioni». Il quattordicesimo *considerando* della direttiva n. 1999/70 precisa, a tal fine, che l'obiettivo dell'accordo quadro consiste, in particolare, nel miglioramento della qualità del lavoro a tempo determinato, fissando requisiti minimi atti a garantire l'applicazione del divieto di discriminazione.

37. Ne consegue che l'accordo quadro mira a dare applicazione al divieto di discriminazione nei confronti dei lavoratori a tempo determinato, al fine di impedire che un rapporto di impiego di tale natura venga utilizzato da un datore di lavoro per privare questi lavoratori di diritti riconosciuti ai lavoratori a tempo indeterminato.

38. Orbene, tale principio di diritto sociale comunitario non può essere interpretato in modo restrittivo.

39. In secondo luogo, poiché l'art. 137, n. 5, CE introduce una deroga alle norme di cui ai nn. 1-4 dello stesso articolo, le materie per le quali il detto numero introduce una riserva devono formare oggetto di interpretazione restrittiva, in modo da

non incidere indebitamente sulla portata dei suddetti nn.1-4, né rimettere in causa gli obiettivi perseguiti dall'art. 136 CE.

40. Per quanto riguarda in particolare l'eccezione relativa alle «retribuzioni», di cui all'art. 137, n. 5, CE, essa trova la sua ragion d'essere nel fatto che la determinazione del livello degli stipendi rientra nell'autonomia contrattuale delle parti sociali su scala nazionale, nonché nella competenza degli Stati membri in materia. Ciò posto, è stato giudicato appropriato, allo stato attuale del diritto comunitario, escludere la determinazione del livello delle retribuzioni da un'armonizzazione in base agli artt. 136 CE e seguenti.

41. Tuttavia, la detta eccezione non può essere estesa a ogni questione avente un nesso qualsiasi con la retribuzione, pena svuotare taluni settori contemplati dall'art. 137, n. 1, CE, di gran parte dei loro contenuti.

42. Ne consegue che la riserva di cui all'art. 137, n. 5, CE, non può impedire ad un lavoratore a tempo determinato di richiedere, in base al divieto di discriminazione, il beneficio di una condizione di impiego riservata ai soli lavoratori a tempo indeterminato, allorché proprio l'applicazione di tale principio comporta il pagamento di una differenza di retribuzione.

43. Contrariamente a quanto sostenuto dal governo spagnolo, dall'Irlanda e dal governo del Regno Unito, l'interpretazione prima illustrata non è rimessa in questione dalla giurisprudenza della Corte, secondo cui non possono applicarsi alle retribuzioni le prescrizioni minime che il Consiglio può adottare mediante direttive in base all'art. 137 CE (v. sentenza *Dellas e a.*, citata, punto 39), sicché la direttiva del Consiglio 23 novembre 1993, n. 93/104/Ce, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (*Guce* n. L 307, p. 18) non trova applicazione alla retribuzione dei lavoratori (v. sentenza *Dellas e a.*, citata, punto 38, e ordinanza 11 gennaio 2007 in causa n. C-437/05, *Vorel*, in *Raccolta*, I, p. 000 [*rectius*: p. 331 n.d.r.], punto 32).

44. Dal contesto in cui s'inscrive la motivazione della citata sentenza *Dellas e a.*, nonché quella della citata ordinanza *Vorel*, emerge infatti senza ambiguità che, nelle cause che hanno dato luogo a tali decisioni, è sorta la questione dell'incidenza che l'interpretazione delle nozioni di «orario di lavoro» e di «periodo di riposo», ai sensi della direttiva n. 93/104, possono avere sul «livello» delle retribuzioni percepite dai lavoratori svolgenti servizi di guardia (v. sentenza *Dellas e a.*, citata, punti 37 e 38, nonché ordinanza *Vorel*, citata, punto 32).

45. È dunque in piena conformità all'interpretazione relativa alla riserva di cui all'art. 137, n. 5, CE, sancita ai punti 41 e 42 della presente sentenza, che la Corte ha ritenuto, a tal riguardo, che le modalità di retribuzione dei servizi di guardia non possono formare oggetto di armonizzazione allo stato attuale di sviluppo del diritto comunitario. Infatti, solo le istituzioni nazionali rimangono competenti a provvedere alla determinazione dell'importo delle retribuzioni e trattamenti dovuti a tale titolo a ciascun lavoratore, poiché in linea di principio la direttiva n. 93/104 non osta all'applicazione, da parte degli Stati membri, di una disciplina che, rispetto ai servizi di guardia effettuati dal lavoratore sul suo luogo di lavoro, preveda una retribuzione differenziata dei periodi nel corso dei quali siano state realmente effettuate prestazioni di lavoro e di quelli in cui non sia stato svolto alcun lavoro effettivo (v. ordinanza *Vorel*, citata, punti 35 e 36).

46. Orbene, per questi stessi motivi, la determinazione del livello dei diversi elementi costitutivi della retribuzione di un lavoratore, quale la ricorrente nella causa

principale, rimane incontestabilmente di competenza delle istituzioni competenti nei vari Stati membri. Tuttavia, tale non è l'oggetto della controversia pendente dinanzi al giudice del rinvio.

47. Come già precisato ai punti 44 e 45 della presente sentenza, rientra invece nel campo di applicazione dell'art. 137, n. 1, lett. b., CE, e dunque della direttiva n. 1999/70 nonché dell'accordo quadro adottato su tale base, decidere se in applicazione del divieto di discriminazione previsto dalla clausola 4, punto 1, di tale accordo quadro un elemento della retribuzione debba essere concesso, a titolo di condizione di impiego, ad un lavoratore a tempo determinato nella stessa misura riconosciuta ad un lavoratore a tempo indeterminato.

48. In siffatte circostanze, occorre risolvere la prima questione sollevata dichiarando che la nozione di «condizioni di impiego» di cui alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro dev'essere interpretata nel senso che essa può servire da fondamento ad una pretesa come quella in esame nella causa principale, che mira ad attribuire ad un lavoratore a tempo determinato scatti di anzianità che l'ordinamento interno riserva ai soli lavoratori a tempo indeterminato.

Sulla seconda e terza questione

49. In sostanza, tali questioni vertono sull'interpretazione della nozione di «ragioni oggettive» che, secondo la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, possono legittimare un trattamento diverso dei lavoratori a tempo determinato rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato.

50. Il giudice del rinvio domanda, in particolare, se possa costituire una ragione oggettiva di tal genere la mera circostanza che la differenza di trattamento, nella specie esistente tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato in ordine agli scatti di anzianità, sia prevista dalla legge o da un accordo sottoscritto dai rappresentanti sindacali del personale e dell'amministrazione.

51. In siffatte circostanze, occorre esaminare congiuntamente la seconda e terza questione.

52. È utile ricordare, a tal riguardo, che la Corte ha già dovuto statuire su una questione analoga per quanto riguarda la stessa nozione di «ragioni oggettive» che, secondo la clausola 5, punto 1, lett. a., dell'accordo quadro, giustificano il rinnovo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione.

53. In effetti, la Corte ha dichiarato che la nozione di «ragioni oggettive», dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce a circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare, in un simile contesto particolare, l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione. Dette circostanze possono risultare segnatamente dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali siffatti contratti sono stati conclusi e dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro (v. sentenza *Adeneler e a.*, citata, punti 69 e 70).

54. Per contro, una disposizione nazionale che si limiti ad autorizzare, in modo generale ed astratto attraverso una norma legislativa o regolamentare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione, non soddisferebbe i criteri precisati al punto precedente (v. sentenza *Adeneler e a.*, citata, punto 71).

55. In particolare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato sulla sola

base di una tale disposizione generale, senza relazione con il contenuto concreto dell'attività considerata, non consente di stabilire criteri oggettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tale effetto (v. sentenza *Adeneler e a.*, citata, punto 74).

56. Orbene, la stessa interpretazione si impone, per analogia, in relazione all'identica nozione di «ragioni oggettive» ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro.

57. Ciò premesso, tale nozione dev'essere intesa nel senso che essa non autorizza a giustificare una differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato per il fatto che quest'ultima sia prevista da una norma interna generale ed astratta, quale una legge o un contratto collettivo.

58. Tale nozione richiede, al contrario, che la disparità di trattamento in causa sia giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti, che contraddistinguono il rapporto di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s'inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria.

59. Conseguentemente, occorre risolvere la seconda e terza questione sollevata dichiarando che la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro dev'essere interpretata nel senso che essa osta all'introduzione di una disparità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato, giustificata dalla mera circostanza che essa sia prevista da una disposizione legislativa o regolamentare di uno Stato membro ovvero da un contratto collettivo concluso tra i rappresentanti sindacali del personale e il datore di lavoro interessato.

(*Omissis*)

LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA NEL CASO YOLANDA DEL CERRO ALONSO: SUA INCIDENZA SULLA DISCIPLINA DEL LAVORO A TEMPO DETERMINATO

Sommario: *Premessa. I fatti alla base del ricorso pregiudiziale - 1. Contesto giuridico della sentenza in esame. La politica comunitaria di promozione dell'impiego e dell'occupazione nel rispetto del principio generale del diritto comunitario di non discriminazione - 2. Cenni sulla attuazione della direttiva del Consiglio n. 1999/70/Ce relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato negli ordinamenti spagnolo e italiano - 3. Conclusioni.*

Premessa. I fatti alla base del ricorso pregiudiziale

La Corte di giustizia delle Comunità europee il 13 dicembre 2007 si è pronunciata¹, ai sensi dell'art. 234 CE², sulla base del rinvio pregiudiziale

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2007 in causa n. C-307/05, *Yolanda Del Cerro Alonso c. Osakidetza*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 7109 ss.; consultabile su www.curia.europa.eu.

presentato dallo *Juzgado de lo Social de San Sebastian* (Spagna)³, sull'interpretazione della clausola 4 dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP⁴ sul lavoro a tempo determinato – concluso il 18 marzo 1999 e attuato dalla direttiva n. 1999/70/Ce del Consiglio del 28 giugno 1999⁵ – che com'è noto è uno dei sei Accordi conclusi dalle organizzazioni categoriali di cui sopra⁶.

Occorre preliminarmente analizzare il contesto fattuale che sta alla base di tale domanda pregiudiziale.

La ricorrente, la signora Del Cerro Alonso è impiegata presso un ospedale pubblico collegato al servizio di sanità pubblica della Comunità autonoma spagnola dei Paesi Baschi. Essendo, allo stato attuale, in possesso dello *status* di dipendente statutaria a tempo indeterminato, la ricorrente ha chiesto che le fossero riconosciuti scatti salariali⁷ relativi a periodi anteriori in cui aveva

² Ricordo che il rinvio pregiudiziale, procedimento previsto dall'art. 234, costituisce uno strumento di cooperazione tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali, per mezzo del quale la prima fornisce ai secondi gli elementi d'interpretazione del diritto comunitario di cui essi necessitano per dirimere controversie interne. Per alcuni profili, nella copiosa dottrina, cfr. B. NASCIMBENE, *Comunità e Unione europea. Codice delle istituzioni*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 124; P. MENGOSI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2003, p. 219 ss., da ultimo R. ADAM - A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 301 ss., in cui i due Autori sottolineano che la Corte vanta anche una competenza giurisdizionale a carattere non contenzioso, ossia una competenza pregiudiziale che si esplica senza una correlazione diretta con un'attività contenziosa, dal momento che in essa la Corte non risolve direttamente una controversia. La previsione della competenza di cui sopra ebbe, all'origine, come finalità quella di assicurare l'uniformità dell'interpretazione del diritto comunitario e di «rafforzare la capacità di questo corpus normativo comune di "resistere" alle particolarità dei sistemi nazionali» (G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2008, p. 303 ss.).

³ Si tratta del Tribunale spagnolo competente per le controversie di lavoro e previdenziali.

⁴ Sul punto si veda F. POCAR - I. VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, Padova, Cedam, 2001, p. 37 ss., in cui, nell'affrontare il tema della contrattazione collettiva europea, i due Autori spiegano che le riunioni tra le tre massime organizzazioni di vertice europee, CES, UNICE e CEEP hanno avuto origine con gli incontri (appunto tripartiti) avviati nel 1985 a Val Duchesse per discutere di questioni non settoriali, ma di rilevanza socio-economica generale, i quali diedero come risultato risoluzioni finali configurate come «pareri comuni», dunque privi di efficacia vincolante. In particolare, la CES, Confederazione europea dei sindacati, rappresenta il centro sindacale europeo, poiché concentra in sé tutte le maggiori organizzazioni nazionali; l'UNICE, Unione delle industrie della Comunità europea, è composta di imprenditori; infine, la CEEP, Centro europeo delle imprese pubbliche riunisce le confederazioni rispettivamente delle imprese privati e delle imprese pubbliche. Si veda, inoltre, F. CAPELLI, *Gli "accordi quadro" comunitari come strumenti per risolvere i conflitti in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, n. 1, p. 59 ss., dove l'Autore chiarisce che l'UNICE e la CEEP sono organizzazioni intercategoriali che rappresentano le associazioni dei datori di lavoro, mentre la CES rappresenta i sindacati dei lavoratori.

⁵ Direttiva n. 1999/70/Ce del Consiglio del 28 giugno 1999, in *Guce* n. L 175 del 10 luglio 1999, p. 43.

⁶ Sul punto risulta importante il contributo di F. CAPELLI, *Gli "accordi quadro" comunitari*, loc. cit., in cui l'Autore spiega che l'Accordo quadro CES, UNICE e CEEP è stato attuato conformemente all'art. 139 CE ed è stato trasposto negli ordinamenti nazionali per il tramite della direttiva del Consiglio dell'Unione europea n. 1999/70/Ce.

⁷ Gli scatti salariali sono aumenti retributivi che maturano periodicamente in funzione dell'anzianità di servizio presso la stessa azienda e che premiano la crescita professionale acquisita dal lavoratore negli anni. La normativa di questi aumenti periodici è stabilita dai contratti nazionali, i quali indicano la cadenza temporale e il numero massimo degli scatti nel corso della vita lavorativa.

In genere tali scatti salariali vengono concessi dopo tre anni di servizio effettivo e decorrono dal primo giorno del mese immediatamente successivo a quello in cui si compie il triennio d'anzia-

prestato servizio in qualità di dipendente a tempo determinato. Tuttavia, ai sensi del decreto n. 231/2000, sulle condizioni lavorative del personale del Servicio Vasco de Salud⁸ (ovvero *Osakidetza*, che nella controversia rappresenta la parte convenuta), e della legge 16 dicembre 2003, n. 55⁹, sullo Statuto quadro del personale dei servizi sanitari, cui il menzionato decreto dà attuazione nella Comunità autonoma dei Paesi Baschi, gli scatti sono riservati al solo personale che possieda lo *status* di dipendente a tempo indeterminato.

In particolare, dagli atti rimessi alla Corte di giustizia dal giudice del rinvio emerge che, tra il 1° febbraio 1990 e il 30 giugno 2004, la signora Del Cerro Alonso ha prestato servizio come assistente amministrativa in vari ospedali del sistema sanitario pubblico dei Paesi Baschi e che, durante questo periodo, ha fatto parte del «personale di ruolo a tempo determinato».

Dal 1° luglio 2004 – dopo aver superato tutte le relative prove di selezione – la ricorrente occupa un posto di assistente amministrativa come membro del «personale di ruolo a tempo indeterminato». Giacché la signora Del Cerro Alonso è in possesso di tale *status*, ha chiesto che le fossero riconosciuti i dodici anni di servizio anteriormente prestati, che rappresentano l'equivalente di quattro scatti triennali e che sono riferibili al periodo in cui ha prestato servizio in qualità di dipendente statuario a tempo determinato.

Il suo datore di lavoro, l'*Osakidetza*, ha accolto solo in parte la sua richiesta: ha infatti fissato la sua anzianità al 17 aprile 1992, ma la retribuzione è stata conseguentemente aumentata di quattro scatti triennali a partire dal 1° luglio 2004 (data del suo inserimento come dipendente a tempo indeterminato). Nella Comunità autonoma dei Paesi Baschi, la normativa applicabile al personale di ruolo è stata attuata con decreto n. 231 del 21 novembre 2000, relativo all'approvazione dell'accordo che disciplina le condizioni di lavoro del personale dell'*Osakidetza* - Servicio Vasco de salud¹⁰. L'art. 74 dell'accordo che disciplina le condizioni di lavoro del personale dell'*Osakidetza*, allegato al suindicato decreto, prevede che per percepire gli scatti triennali è necessario appartenere alla categoria del «personale a tempo indeterminato».

La ricorrente, non soddisfatta della soluzione cui è pervenuto il datore di lavoro, ribadisce il suo diritto a ricevere gli scatti triennali di cui si tratta, richiamando la terza disposizione supplementare del regio decreto n. 1181 del 29 settembre 1989, recante norme per l'applicazione della legge n. 70 del 26

nità nella stessa azienda. Sono calcolati in cifra fissa o anche in percentuale sulla base degli elementi retributivi stabiliti dai contratti collettivi. Variano in base alla qualifica contrattuale.

⁸ Il Servicio Vasco de Salud o *Osakidetza* è un ospedale pubblico convenzionato della comunità basca di Spagna.

⁹ Ley n. 55/2003 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, in *BOE* n. 301 del 17 dicembre 2003, p. 44742.

¹⁰ Decreto n. 231/2000, de 21 noviembre por el que se aprueba el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de *Osakidetza*-Servicio Vasco de Salud, in *BOPV* n. 234 del 7 dicembre 2000, p. 21912.

dicembre 1978, in materia di riconoscimento di servizi pregressi effettuati presso l'amministrazione pubblica a favore del personale dell'Istituto sanitario nazionale¹¹, la quale prevede che gli effetti economici derivanti dal riconoscimento dell'anzianità di servizio possono estendersi retroattivamente.

Poiché tale domanda è rimasta priva di una risposta, la ricorrente ha adito lo *Juzgado de lo Social*, facendo valere, in sostanza, che il rifiuto di concedere retroattivamente gli effetti economici risultanti dal riconoscimento dell'anzianità di servizio costituisce una discriminazione del personale di ruolo a tempo determinato rispetto al personale di ruolo a tempo indeterminato.

L'Osakidetza si è opposta a tale richiesta in quanto il decreto n. 321/2000 prevede, come condizione imprescindibile per l'attribuzione di scatti triennali, che l'interessato abbia lo *status* di membro del personale a tempo indeterminato, come peraltro confermato dalla legge n. 55 del 16 dicembre 2003, recante lo statuto quadro del personale di ruolo dei servizi sanitari¹², la quale all'art. 44 denominato «*Retribuciones del personal temporal*» dispone che: «El personal estatutario temporal percibirá la totalidad de las retribuciones básicas y complementarias que, en el correspondiente servicio de salud, correspondan a su nombramiento, con excepción de los trienios»¹³, escludendo in tal senso gli scatti triennali per la menzionata categoria.

Il giudice *a quo* si interroga se, in base al divieto di discriminazione enunciato dalla clausola 4, punto 1 dell'accordo quadro (al quale, come anticipato, ha dato attuazione la direttiva del Consiglio n. 1999/70/Ce), la ricorrente nella causa principale possa usufruire di una soluzione più favorevole di quella derivante dall'applicazione del diritto interno.

Egli si chiede, altresì, se una differenza tra il personale di ruolo a tempo determinato e il personale di ruolo a tempo indeterminato, essendo prevista da un testo legislativo o da un accordo tra le parti sociali, costituisca una «ragio-

¹¹ Real Decreto n. 1181/1989 por el que se dictan normas de aplicación de la Ley 70/1978, de 26 diciembre, de Reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública al personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud, in *BOE* n. 237 del 3 ottobre 1989, p. 30952.

¹² A tal proposito si veda *supra*, nota 7.

¹³ Si veda Ley n. 55/2003, in *BOE* n. 301 del 17 dicembre 2003, p. 44752. Per comprendere la differenza tra «retribuzioni di base» e «retribuzioni complementari» si veda l'art. 42, n. 1, e l'art. 43, n. 1, della medesima legge che afferma: «1. Las retribuciones básicas son:

a. El sueldo asignado a cada categoría en función del título exigido para su desempeño conforme a lo previsto en los artículos 6.2 y 7.2 de esta ley; b. Los trienios, que consisten en una cantidad determinada para cada categoría en función de lo previsto en el párrafo anterior, por cada tres años de servicios. La cuantía de cada trienio será la establecida para la categoría a la que pertenezca el interesado el día en que se perfeccionó; c. Las pagas extraordinarias serán dos al año y se devengarán preferentemente en los meses de junio y diciembre. El importe de cada una de ellas será, como mínimo, de una mensualidad del sueldo y trienios, al que se añadirá la catorceava parte del importe anual del complemento de destino».

Mentre l'art. 43, n. 1 afferma che: «Las retribuciones complementarias son fijas o variables, y van dirigidas a retribuir la función desempeñada, la categoría, la dedicación, la actividad, la productividad y cumplimiento de objetivos y la evaluación del rendimiento y de los resultados, determinándose sus conceptos, cuantías y los criterios para su atribución e nel ámbito de cada servicio de salud».

ne oggettiva»¹⁴ ai sensi della richiamata clausola dell'accordo quadro.

È dunque alla luce di quanto premesso che il giudice spagnolo ha deciso di sospendere il giudizio e di proporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali¹⁵:

«1. Se la direttiva n. 1999/70/Ce, quando dispone che i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato, si riferisca anche alle condizioni economiche.

In caso di soluzione affermativa:

2. Se costituisca una ragione oggettiva sufficiente per non riconoscere il supplemento economico concesso, a titolo di anzianità, ai lavoratori a tempo indeterminato, il fatto che l'art. 44 della legge n. 55/2003 (...) stabilisca l'impossibilità di percepirlo.

3. Se gli accordi sottoscritti tra la rappresentanza sindacale del personale e l'amministrazione costituiscano ragioni oggettive sufficienti per non concedere il supplemento a titolo di anzianità al personale a tempo determinato».

1. Contesto giuridico della sentenza in esame. La politica comunitaria di promozione dell'impiego e dell'occupazione nel rispetto del principio generale del diritto comunitario di non discriminazione

La domanda di pronuncia pregiudiziale pone una questione preliminare¹⁶ alla Corte di giustizia, vale a dire se un lavoratore – quale la ricorrente – rientri nell'ambito di applicazione della direttiva del Consiglio n. 1999/70/Ce e dell'accordo quadro cui essa dà attuazione¹⁷, poiché la signora Del Cerro Alon-

¹⁴ È utile ricordare, a tal riguardo che la Corte di giustizia ha spiegato (al punto 53 della sentenza in esame) la nozione di «ragione oggettiva», la quale deve essere intesa nel senso che ci si riferisce a circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare una disparità di trattamento tra le due categorie di lavoratori; ossia l'esistenza di criteri oggettivi e trasparenti, che dimostrino che tale disparità risponde ad una reale necessità

¹⁵ Si ripropone fedelmente il testo della sentenza della Corte di giustizia in causa n. C-307/05, in esame.

¹⁶ Secondo il giudice del rinvio è indubbio che il personale statuario rientri nella categoria dei lavoratori cui la direttiva si riferisce. Tuttavia, il Regno di Spagna sostiene la tesi contraria, come emerge dal punto 6 delle conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro presentate il 10 gennaio 2007 e rinvenibili in www.curia.europa.eu.

¹⁷ Sul punto si veda *supra*, nota 5. Mentre, per approfondimenti rinvio a L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 221 ss., in cui l'Autrice spiega dettagliatamente il contenuto della direttiva in oggetto, partendo dalla definizione di contratto a tempo determinato, ossia «rapporto di lavoro il cui termine sia determinato da ragioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico (clausola 3, punto 1)». In altre parole, spiega l'Autrice, «la durata del contratto a tempo determinato non è legata espressamente ad una data certa, ma è stabilita *per relationem*, cioè con riferimento al verificarsi di un evento, il cui avveramento sia certo». Per ulteriori approfondimenti sul tema, si veda F. POCAR - I. VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, cit. *supra*, nota 4, p. 366 ss., in cui si specifica che la direttiva in questione è adottata, entrato in vigore nel frattempo il Trattato di Amsterdam, fruendo della base giuridica dell'art. 139, par. 2, CE che ha incorporato l'art. 4,

so risulta alle dipendenze della pubblica amministrazione.

A tal riguardo, l'ambito di applicazione della direttiva è definito dalla clausola n. 2, punto 1, dell'accordo quadro, dove dispone che «il presente accordo si applica ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro»¹⁸. È inoltre noto che la recente giurisprudenza¹⁹ della Corte di giustizia ha già risolto tale questione, stabilendo che dalla formulazione della direttiva n. 1999/70/Ce, dall'accordo quadro, dal loro sistema generale nonché dalla loro finalità, emerge chiaramente che le prescrizioni in esse enunciate possono applicarsi ai contratti e ai rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e con altri enti del settore pubblico²⁰, senza operare alcuna distinzione basata sulla natura pubblica o privata del datore di lavoro²¹.

Va peraltro rilevato che, come è affermato dall'art. 249, comma 3, CE²², gli Stati membri sono tenuti a garantire il risultato imposto dalla direttiva, che nel caso di specie stabilisce che i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato, con riferimento anche alle condizioni economiche.

Rispetto a questa prima questione la Corte sostiene che dal momento che «è pacifico che la signora Del Cerro Alonso ha lavorato per più di dodici anni in diversi ospedali del sistema sanitario pubblico dei Paesi Baschi in qualità

par. 2, dell'accordo sulla politica sociale sul quale è ancora fondata la prima.

¹⁸ Sul punto si veda la direttiva n. 1999/70/Ce del Consiglio del 28 giugno 1999, *cit. supra*, nota 5.

¹⁹ Mi riferisco in particolare alle seguenti sentenze della Corte di giustizia: 4 luglio 2006 in causa n. C-212/04, *Adeneler e a.*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6057, punti 54-57; 7 settembre 2006 in causa n. C-53/04, *Marrosu e Sardino*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 7213, punti 40-43; infine 7 settembre 2007 in causa n. C-180/04, *Vassallo*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 7251, punti 32-35. Da ultimo si veda l'ordinanza della Corte di giustizia del 12 giugno 2008 in causa n. C-364/07, in *Gu-Ue* n. C 236 del 13 settembre 2008, p. 5 relativa all'interpretazione della clausola n. 5, punti 1 e 2, del citato accordo quadro avente ad oggetto le nozioni di «contratti successivi» e di «ragioni obiettive» per la giustificazione del rinnovo di tali contratti.

²⁰ Per maggiore chiarezza rimando alla sentenza in esame.

²¹ È noto a tal proposito che l'Avvocato Generale nelle conclusioni sottolinea la posizione assunta dal giudice *a quo* rispetto alla questione in esame. In particolare, il giudice del rinvio per dimostrare l'applicazione della direttiva n. 1999/70 al caso di specie ricorre alla definizione ampia della nozione di «lavoratore» adottata dalla giurisprudenza comunitaria concernente la direttiva del Consiglio n. 76/207/CEE del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto attiene l'accesso al lavoro. Per ulteriori informazioni sulla direttiva ora citata si veda *Guce* n. L 39 del 14 febbraio 1979, p. 40. Tuttavia, l'Avvocato Maduro propone, per risolvere la questione, un "rinvio condizionato", affermando che «l'esclusione dei dipendenti pubblici dall'ambito di applicazione della direttiva n. 1999/70 può essere ammessa solo qualora si dimostri che la natura del rapporto di lavoro che li lega all'amministrazione è sostanzialmente diversa da quella che lega ai loro datori di lavoro i dipendenti che, secondo il diritto nazionale, rientrano nella categoria dei lavoratori»; da qui, e dato il diverso orientamento della Corte a tal proposito, emerge il carattere non vincolante delle conclusioni dell'Avvocato Generale; cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Maduro presentate il 10 gennaio 2007, *cit. supra*, nota 16.

²² Cfr. B. NASCIBENE, *Comunità e Unione europea. Codice delle istituzioni*, *cit. supra*, nota 2, p. 129.

di membro del personale a tempo determinato e che, d'altronde, la causa principale verte sul confronto tra un membro del personale di ruolo a tempo determinato ed un membro del personale di ruolo a tempo indeterminato, la ricorrente nella causa principale rientra nel campo di applicazione della direttiva n. 1999/70/Ce e in quello dell'accordo quadro»²³.

Con la prima questione, il giudice *a quo* chiede se la nozione di «condizioni di impiego»²⁴ debba essere interpretata come fondamento ad una pretesa come quella in esame nella causa principale; cioè egli vuole sapere precisamente se le condizioni economiche, ed in particolare il riconoscimento degli scatti salariali, rientrino nell'ambito di applicazione della clausola di non discriminazione prevista dall'accordo quadro.

A tal proposito l'Avvocato Generale, il Governo spagnolo, i Governi di Irlanda e Regno Unito hanno fornito una soluzione negativa alla questione. In particolare, a parer loro, il fondamento normativo della direttiva n. 1999/70/Ce si rinviene nell'art. 139, n. 2, CE²⁵, il quale afferma che «gli accordi conclusi a livello comunitario sono attuati (...), nell'ambito dei settori contemplati dall'art. 137²⁶, a richiesta congiunta delle parti firmatarie, in base ad una decisione del Consiglio su proposta della Commissione».

È noto che l'art. 137, n. 5, CE²⁷ sancisce che il Consiglio non è autorizzato ad adottare misure relative alle retribuzioni, giacché «la mancanza di qualsiasi riferimento alle retribuzioni nella direttiva n. 1999/70/Ce deve essere interpretata come un'esplicita volontà di escludere queste ultime dal suo ambito di applicazione»²⁸, come affermato dalla Corte di giustizia nella recente sentenza *Dellas e a.*²⁹.

²³ Cfr. sentenza in esame, punto 30.

²⁴ Cfr. la clausola n. 4, punto 1 dell'accordo quadro.

²⁵ Sul punto si veda B. NASCIBENE, *Comunità e Unione europea. Codice delle istituzioni*, cit. *supra*, nota 2, p. 93.

²⁶ Cfr. B. NASCIBENE, *Comunità e Unione europea. Codice delle istituzioni*, loc. cit., p. 91 ss.

²⁷ Sul punto si veda S. SCIARRA, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella "modernizzazione" del diritto del lavoro*, in *Centro Studi del lavoro europeo "Massimo D'Antona"* www.lex.unict.it, in cui l'Autrice spiega che la questione relativa all'esclusione esplicita della retribuzione dalla competenza del Trattato (art. 137, n. 5) è molto complessa e densa di implicazioni, poiché risulta chiara la necessità di ricondurre le prestazioni retributive all'ampia nozione di condizioni lavorative non discriminatorie per il lavoratore a termine.

²⁸ Si vedano le conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro presentate il 10 gennaio 2007, cit. *supra*, nota 16, in particolare il punto 22. L'Avvocato Poiares Maduro, nel punto 23 delle proprie conclusioni, presenta la posizione della Commissione, che si pone in contrasto con quanto affermato dai Governi spagnolo, irlandese e inglese, nonché dallo stesso Poiares Maduro, affermando dal canto suo che si dovrebbe interpretare il Trattato nel senso che gli atti fondati sull'art. 137 CE non possono fissare direttamente il livello o la natura delle retribuzioni. Mentre il legislatore sarebbe perfettamente libero di adottare una normativa come quella controversa, che ha solo conseguenze incidentali sulle retribuzioni. Ne conseguirebbe che gli Stati membri sarebbero liberi di scegliere le modalità di determinazione e il livello delle retribuzioni, ma non potrebbero consentire che i lavoratori a tempo determinato fossero oggetto di discriminazione in relazione a tali retribuzioni.

²⁹ Cfr. sentenza 1° dicembre 2005 in causa n. C-14/04, *Dellas e a.*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 10253, punto 39. Sul punto la Corte afferma che questa sentenza non è applicabile al nostro caso,

Tuttavia, la Corte di giustizia afferma che la riserva di cui all'art. 137, n. 5, CE³⁰, non può impedire ad un lavoratore a tempo determinato di richiedere, sulla base del divieto di discriminazione³¹, il beneficio di una condizione di impiego riservata ai lavoratori a tempo indeterminato. La Corte, dunque, sul primo punto dichiara che la nozione di «condizioni di impiego» di cui alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, deve essere interpretata nel senso che essa può servire da fondamento alla pretesa oggetto della causa principale, con conseguente attribuzione ad un lavoratore a tempo determinato di scatti di anzianità che l'ordinamento interno riserva ai soli lavoratori a tempo indeterminato³².

La seconda e la terza questione vertono sull'interpretazione della nozione di «ragioni oggettive» che, secondo la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, possono legittimare un trattamento diverso dei lavoratori a tempo determinato rispetto a quello riservato ai lavoratori a tempo indeterminato³³.

Il giudice del rinvio si domanda, in particolare, se possa costituire una ragione oggettiva la circostanza che la differenza di trattamento, in ordine all'attribuzione degli scatti di anzianità, sia prevista dalla legge o da un accordo sottoscritto dai rappresentanti sindacali del personale e dell'amministrazione³⁴.

Per tale ragione, la Corte ha deciso di esaminare congiuntamente queste ultime due questioni. Ricorrendo alla sentenza *Adeneler*³⁵, la Corte ribadisce che il ricorso ad una disposizione nazionale che si limiti ad autorizzare, in modo generale ed astratto attraverso una norma legislativa o regolamentare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione (era questa la questione oggetto della causa in esame) non soddisferebbe il perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro.

La Corte, in virtù di quanto statuito nella sentenza *Adeneler*, per analogia,

giacché in essa emerge la questione dell'incidenza che l'interpretazione della nozione di «orario di lavoro», ai sensi della direttiva n. 93/104, può avere sul livello delle retribuzioni percepite dai lavoratori. Per cui, in questo caso, la Corte ha ritenuto che le modalità di retribuzione dei servizi di guardia non possono allo stato attuale essere oggetto di armonizzazione.

³⁰ Cfr. B. NASCIBENE, *Comunità e Unione europea. Codice delle istituzioni*, cit. *supra*, nota 2, p. 91 ss.

³¹ Il divieto di discriminazione ha rappresentato un tema di grande interesse per la dottrina. Per ulteriori spunti si vedano: G. CAGGIANO, *Principio di non discriminazione e parità di trattamento in materia di occupazione*, in *Sud in Europa*, Bari, ottobre 2007, p. 5 ss.; L. AZZENA, *La costruzione del principio di eguaglianza nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, III, p. 1419 ss.; F. POCAR - I. VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, cit. *supra*, nota 4, p. 288 ss.; si veda, infine, L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, cit. *supra*, nota 17, p. 163 ss.

³² Cfr. sentenza in esame, punto 48.

³³ Mi pare opportuno specificare che la Corte al punto 58 della sentenza in esame specifica che la disparità di trattamento, per risultare legittima, debba essere giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti nel contesto in cui si iscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria. Per ulteriori chiarimenti sul punto si rinvia al testo della sentenza.

³⁴ Qui ci si riferisce, in particolare, al decreto n. 321/2000 e alla legge n. 55 del 16 dicembre 2003, recante lo statuto quadro del personale di ruolo dei servizi sanitari.

³⁵ Sentenza del 4 luglio 2006 in causa n. C-212/04, *Adeneler e a.*, cit. *supra*, nota 19, punto 71.

afferma che una legge o un accordo sottoscritto dai rappresentanti sindacali del personale e dell'amministrazione non autorizza a giustificare una differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e quelli a tempo indeterminato, anzi la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa «osta all'introduzione di una disparità di trattamento (...)»³⁶.

Infatti, nella sentenza di cui sopra³⁷ il giudice comunitario ha affermato che una disposizione nazionale che si limiti ad autorizzare, in modo generale e astratto attraverso una norma legislativa o regolamentare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato successivi comporta un rischio concreto di determinare un ricorso abusivo a tale tipo di contratti e non è pertanto compatibile con lo scopo e l'effettività dell'accordo quadro. Quindi, il fatto di ammettere che una disposizione nazionale possa, di diritto e senza ulteriore precisazione, giustificare contratti di lavoro a tempo determinato successivi equivarrebbe a ignorare la finalità dell'accordo quadro, che consiste nel proteggere i lavoratori dall'instabilità dell'impiego, e a svuotare di contenuto il principio secondo il quale contratti a tempo indeterminato costituiscono la forma generale dei rapporti di lavoro. Più in particolare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato sulla sola base di una disposizione legislativa o regolamentare di carattere generale, senza relazione con il contenuto concreto dell'attività considerata, non consente di stabilire criteri oggettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale e sia atto a raggiungere lo scopo perseguito e necessario a tale effetto.

2. Cenni sulla trasposizione della direttiva del Consiglio n. 1999/70/Ce relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato negli ordinamenti spagnolo e italiano

In merito all'attuazione della direttiva n. 1999/70/Ce, si può preliminarmente affermare che rispetto alla data indicata dalla medesima come termine di scadenza per la sua trasposizione negli ordinamenti nazionali³⁸, solo un gruppo di Stati membri ha adeguato il proprio ordinamento alla norma conte-

³⁶ Sentenza in esame, punto 59.

³⁷ Sentenza del 4 luglio 2006 in causa n. C-212/04, *Adeneler e a., cit. supra*, nota 19.

³⁸ Si veda in proposito direttiva n. 1999/70/Ce del Consiglio del 28 giugno 1999, *cit. supra*, nota 5, p. 44, art. 2, dove si specifica che «Gli Stati membri mettono in atto le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva al più tardi entro il 10 luglio 2001 o si assicurano che, entro tale data, le parti sociali introducano le disposizioni necessarie mediante accordi. Gli Stati membri devono prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla presente direttiva. Essi ne informano immediatamente la Commissione».

nuta nella direttiva in esame.

In particolare, oltre all'Italia che è stata l'unica a ritardare rispetto al termine³⁹, hanno attuato la direttiva la Germania⁴⁰, la Finlandia⁴¹, la Spagna⁴² e, infine, l'Austria⁴³.

In generale, la condizione indefettibile di compatibilità del diritto interno con la direttiva è l'attitudine delle legislazioni nazionali a «migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato»⁴⁴, giacché il perseguimento di scopi diversi, quale ad esempio la liberalizzazione del contratto di lavoro a tempo determinato, non trova riscontro nel contenuto della direttiva.

La *ratio* utilizzata dai legislatori nazionali, nel dare attuazione alla direttiva comunitaria, risiede nel confronto tra i livelli di tutela che in ciascuno degli ordinamenti nazionali considerati risultino garantiti prima e dopo la legislazione attuativa della direttiva, al fine di verificare l'osservanza della *clausola di non regresso* (clausola n. 8, punto 3 dell'accordo quadro in esame), in forza della quale l'applicazione dell'accordo quadro «non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso». Ciò significa che la direttiva prevede esplicitamente il *principio del favor* (o del trattamento più favorevole) che consente agli Stati membri e alle parti sociali di «mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nel presente accordo»⁴⁵, al fine di evitare che l'attuazione della direttiva diventi un'occasione per ridurre i livelli di tutela già garantiti.

Analizzando il caso spagnolo (giacché la controversia oggetto del giudi-

³⁹ Il termine è stato fissato al 10 luglio 2001, tuttavia, prorogabile di un anno. Infatti, nell'art. 2, par. 2, della direttiva n. 1999/70/Ce si legge: «Gli Stati membri possono fruire di un periodo supplementare non superiore ad un anno, ove sia necessario e previa consultazione delle parti sociali».

⁴⁰ Con la *legge sul lavoro a tempo parziale e sui contratti di lavoro a tempo determinato nonché di modifica e di abolizione di alcune norme del diritto del lavoro* del 21 dicembre 2000. Sul punto si veda *Commission Staff Working Document Report by the Commission services on the Implementation of Council Directive 1999/70 EC of 28 June 1999 concerning the Framework Agreement on Fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP (EU-15)*, 18 august 2006, SEC(2006) 1074. Interessante a tal proposito risulta M. DE LUCA, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei paesi dell'Unione europea*, relazione al convegno sul tema «La nuova disciplina del lavoro a termine» organizzato dal Centro nazionale studi di diritto del lavoro "Domenico Napoletano" con il patrocinio del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, Roma, Cnel, 25 gennaio 2002, in *Foro it.*, 2002, V, c. 93 ss.

⁴¹ Con la *Legge sui contratti di lavoro* n. 55/2001 del 26 gennaio 2001. Per maggiore chiarezza rimando a *Commission Staff Working Document Report, loc. cit.*, e a M. DE LUCA, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato, loc. cit.*

⁴² Con il *Regio decreto-legge* n. 5/2001 del 2 marzo 2001 e con la *legge* n. 12/2001 sulle misure urgenti di riforma del mercato del lavoro finalizzato agli aiuti all'occupazione e all'innalzamento della qualità della stessa del 9 luglio 2001. Vedi *supra*, nota 40.

⁴³ Con la *legge di modifica della legge relativa ai dipendenti a contratto del Land Alta Austria* del 30 marzo 2001, che reca soltanto modifiche alla disciplina del rapporto di lavoro di quel personale del Land Alta Austria. Cfr. *ibidem*.

⁴⁴ Come recita il punto a. della clausola n. 1 dell'accordo quadro.

⁴⁵ Clausola n. 8 punto 1 dell'accordo quadro in esame.

zio della Corte di giustizia si è sviluppata in una comunità autonoma spagnola) emerge la celere e positiva attuazione della direttiva comunitaria attraverso le leggi n. 5/2001 e n. 12/2001. Tuttavia, la successiva emanazione della *Ley n. 55/2003 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*⁴⁶ ha parzialmente vanificato la soddisfacente attuazione della direttiva, posto che l'art. 44 disciplina in maniera confliggente con quanto affermato dalla direttiva n. 1999/70/Ce. In particolare, quest'ultima sancisce alla clausola n. 4 il principio di *non discriminazione*, ossia il principio secondo il quale non è consentita una disparità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato (a meno che non sussistano ragioni oggettive⁴⁷), in tutti i settori, incluse le condizioni economiche.

La legge n. 55/2003 stabilisce, in parziale contrasto con la direttiva, che «il personale di ruolo a tempo determinato percepisce tutte le retribuzioni di base e complementari corrispondenti alla sua nomina nel servizio sanitario interessato, ad eccezione degli scatti salariali», negando in questo modo il diritto dei lavoratori a tempo determinato di percepire questi aumenti retributivi, che vengono invece concessi ai lavoratori a tempo indeterminato.

È proprio questo il punto che ha di fatto spinto il giudice *a quo* a rivolgersi alla Corte di giustizia e che ha comportato, dopo la sentenza della Corte confermativa della presenza di una discriminazione tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato quanto al trattamento economico⁴⁸, la disapplicazione da parte del giudice del rinvio della norma oggetto della controversia (art. 44 della legge n. 55/2003)⁴⁹.

Per il resto, in relazione al principio di *non discriminazione* la normativa di attuazione della direttiva comunitaria si esprime in conformità con essa, infatti le leggi n. 5/2001 e n. 12/2001 stabiliscono all'art. 1 che «i lavoratori assunti con contratto a tempo determinato godono dei medesimi diritti dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato»⁵⁰.

⁴⁶ Si veda per maggiore chiarezza la legge spagnola di cui sopra, in *BOE* n. 301 del 17 dicembre 2003, p. 44742.

⁴⁷ Vedi *supra*, nota 31.

⁴⁸ Giacché la direttiva, a differenza della norma spagnola di cui sopra, non esclude i benefici economici tra le condizioni di parità.

⁴⁹ Vista la palese discordanza con la norma comunitaria, il giudice *a quo* avrebbe dovuto, in forza del diritto comunitario, disapplicare la norma confliggente senza adire la Corte di giustizia, come peraltro si evince dalla lettura dell'art. 234, comma 2, CE.

⁵⁰ Ben diversa e anche più complicata è la questione che proprio in Spagna si è posta in merito al contratto a tempo determinato stipulato con gli insegnanti di religione cattolica, che pone una questione che esula da quello che è l'ambito finora trattato, ma che comunque vale la pena solo citare. È stata presentata davanti alla Commissione europea una denuncia per inadempimento della direttiva n. 1999/70/Ce da parte della *Union sindical independiente de trabajadores empleados públicos* in merito alle condizioni contrattuali riservate agli insegnanti di religione cattolica. In particolare, in Spagna gli insegnanti di religione cattolica vengono, intanto, designati (in base all'*Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales entre el estado Español y la Santa Sede de 1979*) tra coloro i quali sono stati proposti dall'Ordinario diocesano (anche se non è un mandato vincolante, ma solo una proposta). Secondo la *Union sindical* viene disatteso il contenuto della clausola n. 5

Senza dubbio positivo è il quadro che si è presentato in Italia. Infatti, in primo luogo pare virtuosamente invertita la tendenza a registrare considerevoli ritardi nel conformare il nostro ordinamento a quello comunitario⁵¹.

La direttiva n. 1999/70/Ce è stata trasposta con il dlgs n. 368 del 6 settembre 2001⁵².

Quest'ultimo in conformità con la direttiva⁵³ attesta la permanente specialità del contratto a tempo indeterminato, che continua ad essere considerato la forma comune del rapporto di lavoro.

In tale prospettiva, assumono rilievo gli spunti emersi dai lavori preparatori del decreto legislativo dinanzi alle Commissioni lavoro del Senato e della Camera, nei quali con riferimento alla prima relazione del Governo si legge testualmente⁵⁴: «i due tipi di contratto di lavoro – a tempo indeterminato, a tempo determinato – avranno, d'ora in poi, parità di "status giuridico", nel rispetto di un preciso catalogo di garanzie». Tuttavia, nel corso del dibattito sviluppatosi in una seconda fase, il rappresentante del Governo ha riconosciuto che «è stato giustamente criticato l'infelice passaggio contenuto nella (...) relazione (...) in contrasto con l'accordo quadro, secondo il quale il contratto di lavoro a tempo indeterminato è e sarà la forma comune e preferibile di rapporto di lavoro»⁵⁵. A tal riguardo il decreto legislativo n. 368/2001 prevede all'art. 1, comma 1, che la fissazione di un termine temporale ad un contratto di lavoro è consentita esclusivamente «a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo»⁵⁶.

Vale la pena ricordare che, in Italia, nel dlgs n. 368/2001 non ha costituito oggetto di controversie l'attuazione del principio di non discriminazione

dell'accordo quadro perché vi è un ricorso ad un utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato, in quanto i professori di religione e morale cattolica mantengono indefinitivamente una concatenazione di contratti a tempo determinato.

⁵¹ Si tenga conto che a tutt'oggi sono circa 185 le procedure di infrazione aperte nei confronti dell'Italia e circa 35 di queste sono relative al mancato recepimento di direttive comunitarie. Per ulteriori dati si rinvia al sito della Presidenza del Consiglio dei Ministri nella sezione del dipartimento delle politiche comunitarie, www.politichecomunitarie.it.

⁵² Dlgs n. 368 del 6 settembre 2001, in *Guri* n. 235 del 9 ottobre 2001, entrato in vigore il 24 ottobre successivo allo scadere della *vacatio legis*. Come già anticipato prima, l'Italia ha adeguato il proprio ordinamento alla direttiva ritardando solo di poco (il termine era fissato al 10 luglio ed era tuttavia prorogabile di un anno), ma sarebbe addirittura stato rispettato quel termine se non fosse intervenuto qualche incidente di percorso: da un lato, lo sforzo (vano) di raggiungere il consenso unanime delle parti sociali, e dall'altro, i tempi tecnici per le elezioni politiche e per il successivo insediamento del nuovo Governo.

⁵³ Lo stesso accordo quadro si esprime nel preambolo e nel suo 6° *considerando* nel seguente modo: «considerando che i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro e contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorare il rendimento».

⁵⁴ Rimando a M. DE LUCA, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato*, cit. *supra*, nota 40.

⁵⁵ Così testualmente nella seduta della Commissione lavoro del Senato in data 1° agosto 2001.

⁵⁶ Ancora dai lavori della Commissione del Senato, come nota precedente.

(contenuto nella clausola n. 4, punto 1, dell'accordo quadro), che ritroviamo nell'art. 6 del decreto e che in totale coerenza con quanto sancito in sede comunitaria afferma che al prestatore di lavoro con contratto a tempo determinato spetta «ogni (...) trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quelli inquadrati nello stesso livello (...) ed in proporzione al periodo lavorativo prestato, sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine».

Oltre a ciò interessante appare l'intervento della Corte costituzionale, la quale in seguito ad un ricorso promosso con ordinanza n. 252/2006 dal Tribunale di Rossano Calabro si è pronunciata sulla legittimità costituzionale dell'art. 10, commi 9 e 10, e dell'art. 11, commi 1 e 2, del dlgs n. 368/2001⁵⁷.

Nel caso di specie, la Corte costituzionale era stata chiamata a valutare la presunta violazione dell'art. 76 Cost. nei suddetti articoli del decreto di attuazione, giacché la soppressione del diritto di precedenza nell'assunzione (presso la stessa azienda in cui i lavoratori avevano prestato servizio con contratti a tempo determinato) aveva violato la clausola di «non regresso»⁵⁸ contenuta nell'accordo quadro trasfuso nella direttiva comunitaria.

Il ricorrente nel giudizio *de quo* rilevava che il tenore perentorio della clausola di «non regresso» comportava l'inderogabilità *in pejus* della previgente normativa italiana, in sede di attuazione, nella parte relativa al trattamento afferente alla generalità dei lavoratori interessati. Ciò, tuttavia, si era verificato nel caso concreto poiché l'art. 10 del dlgs n. 368/2001, applicabile alla generalità dei lavoratori stagionali, era norma peggiorativa rispetto all'art. 23, comma 2, della legge n. 56 del 1987⁵⁹, non più applicabile ai lavoratori perché abrogato dall'art. 11, comma 1, del suddetto decreto.

La Corte costituzionale nel citare la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Mangold*, richiamata come *ius superveniens*, fa proprie le parole dei giudici comunitari ed afferma che «una *reformatio in pejus* della protezione offerta dalla legislazione nazionale ai lavoratori nel settore dei contratti a tempo determinato non è, in quanto tale, vietata dall'Accordo quadro, quando non sia in alcun modo collegata con l'applicazione di questo punto»⁶⁰.

⁵⁷ Ordinanza della Corte costituzionale n. 252/2006 del 28 giugno 2006, in *Guri* n. 27 del 5 luglio 2006, prima serie speciale, p. 79 ss. Il ricorso proposto dal Tribunale di Rossano (nel procedimento civile vertente tra Umberto Novellis nei confronti della s. r. l. Olearia Guinnicelli) era relativo ad un non riconoscimento del diritto di precedenza nell'assunzione presso la stessa azienda e con la medesima qualifica, a favore dei lavoratori che avessero prestato attività lavorativa a carattere stagionale con contratto a tempo determinato. Il Tribunale di Rossano, dunque sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, commi 9 e 10, e dell'art. 11, commi 1 e 2, del decreto n. 368/2001 per violazione dell'art. 76 Cost.

⁵⁸ Clausola n. 8, punto 3 dell'accordo quadro.

⁵⁹ Legge n. 56 del 28 febbraio 1987, *Norme sull'organizzazione del mercato del lavoro*, in *Guri* n. 51 del 3 marzo 1987, *suppl. ord.*

⁶⁰ A questo proposito di estremo interesse è l'analisi fatta da S. SCIARRA, *Il lavoro a tempo de-*

Infine, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, commi 9 e 10, nonché dell'art. 11, comma 1, del dlgs n. 368/2001 nella parte in cui abroga l'art. 23, comma 2, della legge n. 56/1987 e l'illegittimità costituzionale dell'art. 11, comma 2, del suddetto decreto nella parte in cui detta la disciplina transitoria in riferimento all'art. 23, comma 2, della legge n. 56/1987.

Si è registrato, dunque, un improvviso interesse per il tema del contratto di lavoro a tempo determinato nel dialogo fra le Corti nazionali e la Corte di Lussemburgo⁶¹, che ha messo ancora una volta in evidenza il ruolo fondamentale svolto dalla Corte di giustizia in materia di affermazione e rafforzamento dei diritti sociali europei.

3. Conclusioni

La sentenza della Corte di giustizia pone una questione di importanza fondamentale nonché di estremo interesse, dal momento che la stessa sottolinea la pregnanza del principio della parità di trattamento e del divieto di discriminazioni (che rientrano nei principi generali del diritto comunitario) e sancisce che non si può impedire ad un lavoratore a tempo determinato di richiedere, in virtù del divieto di discriminazione, il beneficio di una condizione di impiego riservata ai soli lavoratori a tempo indeterminato, allorché proprio l'applicazione di tale principio comporta il riconoscimento di benefici economici. Ciò, naturalmente implica che il principio della parità di trattamento opera anche con riferimento a tutti gli elementi della retribuzione (ivi compresi gli scatti di anzianità) che devono essere riconosciuti a tutti i lavoratori, anche a quelli precari.

La *ratio* sottesa alla sentenza della Corte, e sin qui esposta, apre – negli ordinamenti nazionali e qui mi riferisco in particolare a quello italiano – scenari interessanti in relazione ad un pieno riconoscimento della parità di trattamento tra lavoratori stabili e lavoratori precari.

Infatti, in caso di lavoratori precari il fondamento della protezione di questa categoria è rinvenibile nei principi affermati nella direttiva n. 1999/70/Ce e, per questa via, negli impegni assunti dagli Stati come membri dell'Unione europea⁶².

terminato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea, cit. supra, nota 27.

⁶¹ Oltre al dialogo scaturito in merito alla questione sin qui esposta, pare utile un richiamo a due decisioni della Corte di giustizia a seguito di due ordinanze per rinvii pregiudiziali del Tribunale di Genova, nei seguenti casi: 7 settembre 2006 in causa n. C-53/04, *Marrosu e Sardino*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 7213 ss. e 7 settembre 2007 in causa n. C-180/04, *Vassallo*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 7251 ss., rinvenibili in www.curia.europa.eu.

⁶² A questo proposito si rimanda a M. V. BALLESTRERO, *Brevi osservazioni su costituzione europea e diritto del lavoro italiano*, in www.web.unife.it, dove peraltro si mette in evidenza che data

Nello specifico, ai sensi della clausola n. 1, lett. *a.*, dell'accordo quadro, l'obiettivo di quest'ultimo è di «migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione». Del pari, il preambolo dell'accordo quadro precisa che esso «indica la volontà delle parti sociali di stabilire un quadro generale che garantisca la parità di trattamento dei lavoratori a tempo determinato, proteggendoli dalle discriminazioni»⁶³. Ne consegue che l'accordo in esame mira a dare applicazione al divieto di discriminazione, il quale essendo un principio fondamentale del diritto comunitario non può essere oggetto di un'interpretazione restrittiva.

Vale la pena segnalare che la Corte di giustizia nella sentenza in esame non fa un riferimento esplicito alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁶⁴ e in particolare all'art. 21, che sancisce un generale principio di non discriminazione e all'art. 23 che sancisce, in particolare, il principio di parità tra uomini e donne in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione⁶⁵. Questo dato non deve sorprenderci giacché la propensione della Corte ad omettere riferimenti espliciti alla Carta risiede in un atteggiamento di cautela e di attesa rispetto alle sorti che questo documento avrà. Ciò non esclude, tuttavia, che la Carta ha avuto una forza di persuasione anche per la Corte, in quanto emerge comunque la sua capacità di esplicare, a dispetto del suo formale *status*, effetti normativi.

Di ben altro avviso sono stati, nel corso degli anni, gli Avvocati Generali che nelle loro conclusioni hanno spesso fatto riferimento alla Carta.

Infatti l'Avvocato Generale Tizzano nel caso *Bectu* ha affermato «Ancor più significativo, peraltro, mi pare il fatto che detto diritto (il diritto alle ferie annuali retribuite) trovi oggi una solenne conferma nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (...)»⁶⁶, giacché l'Avvocato nel caso in esame

la formulazione considerata troppo generica dell'art. 35 Cost. le garanzie per i lavoratori precari sono rinvenibili nella direttiva di cui si parla nel testo e nella direttiva n. 97/81/Ce.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ La Carta dei diritti fondamentali è stata solennemente proclamata nel dicembre 2000 al Consiglio europeo di Nizza (e recentemente rivista); essa «sancisce un complesso di diritti fondamentali, insieme articolato sui valori della dignità, della libertà, dell'eguaglianza, della solidarietà, della cittadinanza europea, della giustizia»: così G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2008, p. 17 ss., in particolare p. 19, cui si rimanda per chiarezza. Occorre precisare che la Carta dei diritti fondamentali attualmente, e fino alla ratifica del Trattato di Lisbona, non ha valore giuridico vincolante, sebbene sia emersa una volontà politica da parte di alcuni Stati membri e da parte delle istituzioni comunitarie di considerarla come uno strumento vincolante. Sul punto rimando a M. FRAGOLA, *Osservazioni sul Trattato di Lisbona tra costituzione europea e processo di «decostituzionalizzazione»*, in questa *Rivista*, 2008, p. 212 ss. Infine, si veda la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in *Gu-UE* n. C 303 del 14 dicembre 2007, p. 8.

⁶⁵ Cfr. B. NASCIBENE, *Comunità e Unione europea. Codice delle istituzioni*, cit. *supra*, nota 2, p. 8.

⁶⁶ Sul mancato richiamo da parte della Corte di giustizia della Carta dei diritti fondamentali si veda S. GIUBBONI, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, p. 342 ss. Mentre, sull'utilizzo della Carta da parte dell'Avvocato Generale Tizzano si veda M. FRAGOLA, *Osservazioni sul Trattato di Lisbona*, loc.

ha utilizzato come prova risolutiva del riconoscimento del suddetto diritto l'art. 31, comma 2, della Carta⁶⁷.

Infine, occorre rilevare che il Tribunale di Primo grado delle Comunità europee è stato meno restio della Corte nell'utilizzo esplicito della Carta, citandola in due importanti sentenze⁶⁸, in quanto essa rappresentava un'autorevole conferma del contenuto del diritto ad una buona amministrazione e ad una tutela giurisdizionale effettiva.

Un ultimo punto, che a mio avviso è necessario evidenziare, è quello relativo all'*efficacia diretta orizzontale*⁶⁹ delle direttive ed in particolare della direttiva di cui in questa sede ci si è occupati. La giurisprudenza comunitaria⁷⁰ ha escluso l'effetto diretto orizzontale della norma della direttiva, cioè la possibilità per il singolo di far valere la norma anche nei confronti di soggetti privati, siano essi persone fisiche o giuridiche. Ciò significa che se una norma contenuta in una direttiva comunitaria risulti essere confliggente con una disposizione nazionale, questa potrà essere disapplicata dal giudice interno solo dopo aver accertato, in primo luogo, che essa sia completa di contenuto dispositivo e, in secondo luogo, che essa sia stata invocata in una controversia tra un soggetto privato e lo Stato (o anche un organismo statale, pubblico)⁷¹.

Tuttavia, escludere l'effetto diretto orizzontale della norma contenuta nel-

cit., p. 216. Da ultimo rimando alle conclusioni dell'Avvocato Generale in causa n. C-173/99 del 26 giugno 2001, in *Raccolta*, 2001, I, p. 4881 ss.

⁶⁷ Vedi *supra*, nota 64.

⁶⁸ Sul punto rimando a sentenze del Tribunale di primo grado del 30 gennaio 2002 in causa n. T-54/99, *max-mobil*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 313 e del 3 maggio 2002 in causa n. T-177/01, *Jégo-Quéré*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 2365.

⁶⁹ Su questo punto esiste una copiosa dottrina, tra tutti rimando a F. CAPELLI, *L'efficacia delle direttive: due modeste proposte per risolvere un problema antico*, in questa *Rivista*, 2004, p. 755 ss. e ID. *Gli "accordi quadro" comunitari come strumenti per risolvere i conflitti in materia di lavoro*, *cit. supra*, nota 4; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, *cit. supra*, nota 2, p. 172 ss. Si vedano inoltre le conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano in causa n. C-144/04, *Mangold*, nella quale al punto 84 così si esprime: «Il ricorso al principio di eguaglianza – evocato, sia pure incidentalmente, anche dal giudice del rinvio – sarebbe forse preferibile poiché, proprio in quanto principio generale del diritto comunitario il cui precetto è preciso e incondizionato, esso spiega i propri effetti su tutti i consociati e (...) potrebbe quindi essere invocato direttamente dal signor Mangold nei confronti dell'avv. Helm e così applicato dall'*Arbeitsgericht* nel giudizio principale»; mentre al punto 101 l'Avvocato Tizzano afferma: «A ben vedere, tale quesito risulterebbe superato qualora la Corte – seguendo quanto da me proposto – accettasse di pronunciare l'incompatibilità di una legge, quale quella in questione, utilizzando come parametro d'interpretazione il principio generale di eguaglianza, il cui precetto chiaro, preciso e incondizionato, si rivolge a tutti i soggetti dell'ordinamento e può quindi essere invocato dai privati sia verso lo Stato sia nei confronti di altri privati».

⁷⁰ Tra le sentenze della Corte sul tema occorre ricordare le sentenze del 14 luglio 1994 in causa n. C-91/92, *Faccini Dori*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3325, punti 21-25 e del 7 marzo 1996 in causa n. C-192/94, *Corte Inglés*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1281, punto 15 ss.

⁷¹ Sul punto rimando in particolare a F. CAPELLI, *L'efficacia delle direttive*, *cit. supra*, nota 69. Pare opportuno sottolineare che l'Autore affronta in maniera approfondita il tema in esame, analizzando le varie pronunce della Corte di Lussemburgo, in cui viene negata un'efficacia diretta orizzontale alle direttive comunitarie e in cui si prospettano in maniera puntuale gli effetti di queste (criticate) decisioni dell'organo giurisdizionale comunitario. Particolare accento viene posto sulla discriminazione che in questo modo si crea tra lavoratori del settore pubblico e lavoratori del settore privato.

la direttiva significa produrre una situazione discriminatoria. In particolare, nel nostro caso, la direttiva n. 1999/70/Ce è provvista in parte di effetto diretto; tuttavia, sotto il profilo della tutela giurisdizionale, il dipendente di un ente pubblico sarà favorito rispetto al dipendente di un'azienda privata, poiché solo nei confronti del datore di lavoro pubblico potranno essere rivendicate le prerogative previste nella direttiva.

In ultima analisi, si potrebbe dar luogo ad un'interpretazione difforme della direttiva non solo all'interno della Comunità in base alla tempestività o al ritardo con cui uno Stato membro provvede al suo recepimento, «ma anche nell'ambito dello stesso ordinamento statale tra singoli che si trovano nella stessa situazione giuridica ma che debbano far valere la loro pretesa nei confronti di soggetti diversi (pubblici o privati)»⁷². Non si può non tenere in considerazione che in tal modo i lavoratori di aziende private non potranno – in virtù di questo discutibile orientamento della Corte di giustizia – beneficiare dei vantaggi invece concessi ai dipendenti pubblici. È necessario sottolineare come in dottrina⁷³ l'accento sia stato posto sulla possibilità di trovare dei rimedi alla condizione discriminatoria sin qui esposta.

In particolare, un rimedio potrebbe essere quello che permette al giudice interno di ricorrere alla Corte costituzionale sollevando una questione di costituzionalità sulla norma ritenuta contrastante, per violazione del principio fondamentale di non discriminazione, che in Italia è sancito dall'art. 3 della nostra Costituzione.

L'intervento della Corte di giustizia in ordine all'attuazione negli ordinamenti nazionali della direttiva n. 1999/70/Ce sul lavoro a tempo determinato mette in luce, ancora una volta, il sostanziale contributo che il giudice comunitario ha assicurato nella affermazione, prima, e nel rafforzamento, ora, di quell'Europa sociale che benché ancora incompiuta, costituisce l'obiettivo dell'azione comunitaria.

Anna Valentini*

⁷² Sul punto si veda G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale. Dal Trattato di Roma alla Costituzione europea*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 186 ss.

⁷³ Rimando a F. CAPELLI, *L'efficacia delle direttive*, cit. supra, nota 69.

* Dottoranda di ricerca in «Impresa, Stato e mercato» / Università della Calabria.

**PRIMA APPLICAZIONE DEL RINVIO PREGIUDIZIALE
D'URGENZA PER PRECISARE LE NORME COMUNITARIE
SULL'ESECUZIONE DELLE DECISIONI IN MATERIA
DI RESPONSABILITÀ GENITORIALE**

Corte di giustizia

Sentenza dell'11 luglio 2008 in causa n. C-195/08 PPU*

Inga Rinau

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) del Consiglio n. 2201/2003, artt. 21, 24, 42 - Esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale - Istanza di non riconoscimento di una decisione giudiziaria di rientro di un minore illecitamente trattenuto in un altro Stato membro - Art. 104 ter Regolamento di procedura - Procedimento pregiudiziale d'urgenza - Ritorno immediato del minore sottratto.

Una volta che un provvedimento contro il ritorno sia stato emanato e portato a conoscenza del giudice d'origine, è irrilevante, ai fini del rilascio del certificato previsto all'art. 42 del regolamento (Ce) del Consiglio 27 novembre 2003, n. 2201, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (Ce) n. 1347/2000, che tale provvedimento sia stato sospeso, riformato, annullato o comunque non sia passato in giudicato o sia stato sostituito da un provvedimento di ritorno, quando il ritorno del minore non ha effettivamente avuto luogo. Non essendo stato sollevato alcun dubbio in merito all'autenticità di tale certificato ed essendo quest'ultimo stato redatto conformemente al formulario il cui modello è riportato all'allegato IV di detto regolamento, l'opposizione al riconoscimento del provvedimento di ritorno è vietata ed al giudice adito spetta solo consta-

* In argomento v. *infra*, p. 765 ss., il commento di MASSIMO FRAGOLA.

tare l'esecutività del provvedimento certificato e pronunciare il ritorno immediato del minore.

Salvo i casi in cui il procedimento riguardi una decisione certificata in applicazione degli artt. 11, n. 8, e 40 42 del regolamento n. 2201/2003, qualsiasi parte interessata può chiedere il non riconoscimento di una decisione giudiziaria, anche qualora non sia stata precedentemente presentata un'istanza di riconoscimento di tale decisione.

L'art. 31, n. 1, del regolamento n. 2201/2003, nella parte in cui prevede che, in questa fase del procedimento, né la parte contro la quale l'esecuzione viene chiesta né il minore possono presentare osservazioni, non è applicabile ad un procedimento di non riconoscimento di una decisione giudiziaria avviato senza che sia stata precedentemente proposta un'istanza di riconoscimento nei confronti della stessa decisione. In una situazione del genere, la convenuta, che chiede il riconoscimento, può presentare osservazioni.

(Omissis) **In diritto**

Sulle questioni pregiudiziali

Osservazioni preliminari (Omissis)

Sulle questioni dalla quarta alla sesta

56. Con le sue questioni dalla quarta alla sesta, che occorre esaminare congiuntamente e in primo luogo, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'adozione da parte di un giudice dello Stato membro d'origine di un provvedimento di ritorno del minore e il rilascio del certificato di cui all'art. 42 del regolamento siano conformi agli obiettivi ed alle procedure di quest'ultimo nel caso in cui un giudice dello Stato membro in cui il minore è illecitamente trattenuto abbia adottato un provvedimento di ritorno del minore verso lo Stato membro d'origine. Il giudice nazionale chiede anche di sapere se l'art. 24 del regolamento debba essere interpretato nel senso che il giudice dello Stato membro in cui il minore è illecitamente trattenuto deve riconoscere il provvedimento, pronunciato dal giudice dello Stato membro d'origine, che dispone il ritorno di quest'ultimo qualora tale giudice non abbia rispettato il procedimento previsto dal regolamento.

57. L'art. 11, n. 8, del regolamento dispone che, «[n]onostante l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno in base all'articolo 13 della convenzione dell'Aia del 1980, una successiva decisione che prescrive il ritorno del minore emanata da un giudice competente ai sensi del presente regolamento è esecutiva conformemente alla sezione 4 del capo III, allo scopo di assicurare il ritorno del minore».

58. Secondo talune delle osservazioni presentate alla Corte, tale disposizione ha per effetto che un certificato può essere rilasciato ai sensi dell'art. 42 del regolamento solo qualora sia stato precedentemente emanato un provvedimento contro il ritorno in applicazione dell'art. 13 della convenzione dell'Aia del 1980. Ne conseguirebbe, nella causa principale, che il fatto che il Lietuvos apeliacinis teismas abbia ordinato con la sua decisione 15 marzo 2007 il ritorno della minore avrebbe impedito ai giudici dello

Stato membro d'origine di rilasciare un certificato in applicazione di detto art. 42, come deciso dall'Amtsgericht Oranienburg con la sua sentenza 20 giugno 2007, confermata dalla sentenza del Brandenburgisches Oberlandesgericht 20 febbraio 2008.

59. Dev'essere accolta l'interpretazione in base alla quale un certificato non può essere rilasciato ai sensi dell'art. 42 del regolamento senza che sia stato precedentemente emanato un provvedimento contro il ritorno.

60. È, infatti, l'interpretazione che risulta dal regolamento nel suo insieme e, segnatamente, dal suo art. 11, n. 8.

61. Dopo aver previsto che le decisioni adottate in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri, senza che sia necessario ricorrere ad alcun procedimento, il regolamento disciplina il riconoscimento e la dichiarazione di esecutività delle decisioni sulla base di due modelli (artt. 21, nn. 1 e 3, 11, n. 8, 40, n. 1, e 42, n. 1). Secondo il primo modello, l'adozione di una decisione di riconoscimento e la dichiarazione di esecutività possono essere richieste secondo le procedure previste al capo III, sezione 2, del regolamento. Con il secondo modello, l'esecutività di talune decisioni relative al diritto di visita o che ordinano il ritorno del minore è soggetta alle disposizioni della sezione 4 dello stesso capo.

62. Quest'ultimo modello è strettamente articolato sulle disposizioni della convenzione dell'Aia del 1980 e mira, in presenza di talune condizioni, al ritorno immediato del minore.

63. Benché intrinsecamente connessa ad altre materie disciplinate dal regolamento, in particolare al diritto di custodia, l'esecutività di una decisione che prescrive il ritorno di un minore successivo ad un provvedimento contro il ritorno beneficia dell'autonomia procedurale al fine di non ritardare il ritorno di un minore illecitamente trasferito o trattenuto in uno Stato membro diverso da quello in cui tale minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato ritorno illeciti.

64. L'autonomia procedurale delle disposizioni riportate agli artt. 11, n. 8, 40 e 42 del regolamento e la precedenza riconosciuta alla competenza del giudice di origine nell'ambito del capo III, sezione 4, del regolamento sono tradotte negli artt. 43 e 44 del regolamento, le cui norme prevedono che il diritto dello Stato membro d'origine è applicabile a qualsiasi rettifica del certificato, che il rilascio di quest'ultimo non è soggetto ad alcun mezzo di impugnazione e che tale certificato ha effetto soltanto nei limiti del carattere esecutivo della sentenza.

65. La riserva prevista all'art. 21, n. 3, del regolamento, con l'impiego dell'espressione «[f]atta salva la sezione 4», che forma oggetto della quarta questione sottoposta dal giudice del rinvio, ha la finalità di precisare che la facoltà accordata da tale disposizione a qualsiasi parte interessata a chiedere l'adozione di una decisione di riconoscimento o di non riconoscimento della decisione pronunciata in uno Stato membro non esclude la possibilità, in presenza delle condizioni necessarie, di ricorrere al regime previsto agli artt. 11, n. 8, 40 e 42 del regolamento per il caso di un ritorno di un minore successivo ad un provvedimento contro il ritorno, dato che tale regime prevale su quello previsto alle sezioni 1 e 2 di detto capo III.

66. Occorre sottolineare che il procedimento previsto per il caso di un ritorno di un minore successivo ad un provvedimento contro il ritorno riprende e rafforza le disposizioni contenute agli artt. 12 e 13 della convenzione dell'Aia del 1980. In par-

ticolare, il termine per pronunciarsi su un'istanza contraria al ritorno è molto breve. Inoltre, una decisione definitiva che ordina il ritorno può essere adottata da un giudice competente ai sensi del regolamento. Infine, il procedimento culmina con la certificazione della decisione che le conferisce una speciale esecutività; le condizioni per il rilascio e gli effetti del certificato sono espressamente definiti nel regolamento.

67. Quindi, per quanto riguarda le condizioni per il rilascio, emerge dall'art. 42, n. 2, del regolamento che il giudice d'origine che ha pronunciato la decisione prevista all'art. 40, n. 1, lett. *b.*, del regolamento rilascia il certificato solo se:

«*a.* il minore ha avuto la possibilità di essere ascoltato, salvo che l'audizione sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità;

b. le parti hanno avuto la possibilità di essere ascoltate; e

c. l'autorità giurisdizionale ha tenuto conto, nel rendere la sua decisione, dei motivi e degli elementi di prova alla base del provvedimento emesso conformemente all'articolo 13 della convenzione dell'Aia del 1980».

68. Quanto agli effetti della certificazione, dal momento del rilascio del certificato, la decisione di ritorno del minore menzionata al detto art. 40, n. 1, lett. *b.*, è riconosciuta e beneficia dell'esecutività in un altro Stato membro, senza che sia richiesta alcuna dichiarazione che le riconosca esecutività e senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento.

69. Occorre rammentare che tale regime trova applicazione solo in caso di ritorno di un minore successivo ad un provvedimento che vieta il ritorno di cui all'art. 11, n. 8, del regolamento.

70. Depone in tal senso detto art. 11, n. 8, del regolamento, il quale stabilisce che, «[n]onostante l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno in base all'art. 13 della convenzione dell'Aia del 1980, una successiva decisione che prescrive il ritorno del minore emanata da un giudice competente ai sensi del presente regolamento è esecutiva conformemente alla sezione 4 del capo III, allo scopo di assicurare il ritorno del minore».

71. Se è vero che l'espressione «[n]onostante l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno» contiene una certa ambiguità, la sua articolazione con l'espressione «una successiva decisione» indica un rapporto cronologico tra un provvedimento, quello contro il ritorno, e la decisione successiva; una formulazione del genere non lascia spazio ad alcun dubbio per quanto riguarda il carattere precedente della prima decisione.

72. Il diciassettesimo *considerando* del regolamento conferma tale interpretazione, precisando che una decisione contro il ritorno «dovrebbe poter essere sostituita da una decisione successiva emessa dai giudici dello Stato membro di residenza abituale del minore prima del suo trasferimento illecito o mancato rientro».

73. Emerge altresì dall'art. 42, n. 2, lett. *c.*, del regolamento, che impone al giudice di tener conto dei motivi e degli elementi di prova alla base del provvedimento emesso conformemente all'art. 13 della convenzione dell'Aia del 1980, che tale giudice può statuire solo dopo l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno nello Stato membro dell'esecuzione.

74. Ne discende che l'art. 40, n. 1, lett. *b.*, del regolamento costituisce una disposizione che trova applicazione solo qualora nello Stato membro dell'esecuzione sia stato precedentemente emanato un provvedimento contro il ritorno.

75. Le conseguenze che le osservazioni citate al punto 58 della presente sentenza traggono da tale interpretazione non possono peraltro essere accolte.

76. Infatti, l'art. 11, n. 3, del regolamento esige che i giudici ai quali è stata presentata la domanda per il ritorno procedano rapidamente, utilizzando le procedure più rapide previste dalla normativa nazionale. Il secondo comma della stessa disposizione stabilisce, inoltre, che, fatto salvo tale obiettivo di celerità, il provvedimento deve essere emanato al più tardi sei settimane dopo la ricezione della domanda, salvo nel caso in cui circostanze eccezionali non lo consentano.

77. Più precisamente, il n. 6 di detto art. 11 prevede che, qualora un giudice abbia emanato un provvedimento contro il ritorno, tale giudice deve immediatamente trasmettere direttamente, o tramite la sua autorità centrale, una copia del provvedimento giudiziario e dei pertinenti documenti, in particolare una trascrizione delle audizioni dinanzi al giudice, all'autorità giurisdizionale competente o all'autorità centrale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o mancato ritorno. Il carattere urgente di tali procedure viene rivelato altresì dall'ultima frase dello stesso n. 6, il quale dispone che il giudice d'origine «riceve tutti i documenti indicati entro un mese dall'emanazione del provvedimento contro il ritorno».

78. Tali disposizioni mirano non solo a garantire il rientro immediato del minore nello Stato membro in cui aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro illeciti, bensì anche a consentire al giudice d'origine di valutare i motivi e gli elementi di prova alla base dell'emanazione del provvedimento contro il ritorno.

79. In particolare, il giudice d'origine è tenuto a valutare la sussistenza delle condizioni elencate al punto 67 della presente sentenza.

80. Poiché tale valutazione spetta, in ultima analisi, al giudice d'origine, in applicazione degli artt. 10 e 40, n. 1, lett. b., del regolamento, gli incidenti procedurali che si producono o si riproducono nello Stato membro dell'esecuzione dopo l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno non sono determinanti e possono essere considerati irrilevanti ai fini dell'applicazione del regolamento.

81. Se così non fosse, il regolamento rischierebbe di essere privato del suo effetto utile, poiché l'obiettivo del rientro immediato del minore resterebbe subordinato alla condizione dell'esaurimento dei mezzi procedurali consentiti dall'ordinamento nazionale dello Stato membro in cui il minore è illecitamente trattenuto. Detto rischio deve essere preso tanto più in considerazione in quanto, trattandosi di minori in tenera età, il tempo biologico non può essere misurato secondo criteri generali, data la struttura intellettuale e psicologica di tali minori e la rapidità con cui essa evolve.

82. Anche se il regolamento non ha per oggetto di unificare le norme di diritto sostanziale e processuale dei diversi Stati membri, occorre tuttavia che l'applicazione di tali norme nazionali non comprometta il suo effetto utile (v., per analogia, per quanto riguarda la Convenzione del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, sentenze 15 maggio 1990 in causa n. C-365/88, *Hagen*, in *Raccolta*, I, p. 1845, punti 19 e 20; 7 marzo 1995 in causa n. C-68/93, *Shevill*, in *Raccolta*, I, p. 415, punto 36, e 27 aprile 2004 in causa n. C-159/02, *Turner*, in *Raccolta*, I, p. 3565, punto 29).

83. Si deve aggiungere che tale interpretazione del regolamento è conforme alle

sue esigenze e alla sua finalità e che essa è la sola che garantisce al meglio l'effettività del diritto comunitario.

84. Essa è inoltre confermata da due elementi. Il primo si fonda sull'espressione «una successiva decisione che prescrive il ritorno del minore», riportata all'art. 11, n. 8, del regolamento, espressione che manifesta l'idea secondo cui il giudice d'origine, dal momento dell'emanazione del provvedimento contro il ritorno, può essere tenuto ad adottare una o più decisioni al fine di ottenere il ritorno del minore, compreso il caso di situazioni d'impasse procedurali o di fatto. Il secondo elemento è di ordine sistemico ed è basato sul fatto che, contrariamente al procedimento previsto agli artt. 33-35 del regolamento per l'istanza per la dichiarazione di esecutività, decisioni emesse conformemente al capo III, sezione 4, di quest'ultimo (diritto di visita e ritorno del minore) possono essere dichiarate esecutive dal giudice d'origine indipendentemente da qualsiasi possibilità di impugnazione, tanto nello Stato membro d'origine quanto in quello dell'esecuzione.

85. Escludendo qualsiasi impugnazione del rilascio del certificato a norma dell'art. 42, n. 1, diversa da una domanda di rettifica ai sensi dell'art. 43, n. 1, del regolamento, quest'ultimo mira ad evitare che l'efficacia delle sue disposizioni sia pregiudicata da un impiego abusivo della procedura. Inoltre, l'art. 68 non menziona, tra le impugnazioni, quelle proposte contro decisioni adottate in applicazione del capo III, sezione 4, del regolamento.

86. Tali considerazioni rispondono alle peculiarità della controversia principale.

87. Da un lato, la sequenza delle decisioni adottate dai giudici lituani in merito tanto alla domanda per il ritorno quanto a quella diretta contro il riconoscimento della decisione certificata conformemente all'art. 42 del regolamento non sembra aver rispettato l'autonomia della procedura prevista da tale ultima disposizione. D'altro lato, il numero di decisioni e la loro eterogeneità (annullamenti, riforme, riaperture, sospensioni) provano che, pur essendo state eventualmente adottate le procedure interne più rapide, i termini trascorsi erano già, alla data del rilascio del certificato, in manifesta contraddizione con le esigenze del regolamento.

88. Resta da precisare che, non essendo stato sollevato alcun dubbio in merito all'autenticità del certificato rilasciato dall'Amtsgericht Oranienburg e contenendo tale certificato tutti gli elementi richiesti dall'art. 42 del regolamento, un'impugnazione del rilascio del certificato o un'opposizione al suo riconoscimento avrebbero potuto solo essere respinte, conformemente all'art. 43, n. 2, del regolamento, il quanto il giudice adito avrebbe solo potuto constatare l'esecutività della decisione certificata.

89. Alla luce di quanto precede, le questioni dalla quarta alla sesta devono essere risolte dichiarando che, una volta che un provvedimento contro il ritorno sia stato emanato e portato a conoscenza del giudice d'origine, è irrilevante, ai fini del rilascio del certificato previsto all'art. 42 del regolamento, che tale provvedimento sia stato sospeso, riformato, annullato o comunque non sia passato in giudicato o sia stato sostituito da un provvedimento di ritorno, quando il ritorno del minore non ha effettivamente avuto luogo. Non essendo stato sollevato alcun dubbio in merito all'autenticità di tale certificato ed essendo quest'ultimo stato redatto conformemente al formulario il cui modello è riportato all'allegato IV del regolamento, l'opposizione al riconoscimento del provvedimento di ritorno è vietata ed al giudice adito spetta solo constatare l'esecutività del provvedimento certificato e pronunciare il ritorno immediato del minore.

Sulla prima questione

90. Con la sua prima questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se una parte interessata ai sensi dell'art. 21 del regolamento possa chiedere il non riconoscimento di una decisione giudiziaria senza che sia stata presentata un'istanza di riconoscimento della stessa decisione. (*Omissis*)

97. La prima questione dev'essere quindi risolta dichiarando che, salvo i casi in cui il procedimento riguardi una decisione certificata in applicazione degli artt. 11, n. 8, e 40-42 del regolamento, qualsiasi parte interessata può chiedere il non riconoscimento di una decisione giudiziaria, anche qualora non sia stata precedentemente presentata un'istanza di riconoscimento di tale decisione.

Sulla seconda questione

98. Con la sua seconda questione il giudice del rinvio chiede, nel caso in cui occorra esaminare l'istanza di non riconoscimento della decisione presentata dalla persona nei confronti della quale detta decisione è esecutiva e sebbene non sia stata precedentemente proposta alcuna istanza di riconoscimento, in che modo debba essere applicato l'art. 31, n. 1, del regolamento, in particolare il periodo ai sensi del quale «[i]n questa fase del procedimento, né la parte contro la quale l'esecuzione viene chiesta né il minore possono presentare osservazioni». (*Omissis*)

107. Pertanto, la seconda questione dev'essere risolta dichiarando che l'art. 31, n. 1, del regolamento, nella parte in cui prevede che, in questa fase del procedimento, né la parte contro la quale l'esecuzione viene chiesta né il minore possono presentare osservazioni, non è applicabile ad un procedimento di non riconoscimento di una decisione giudiziaria avviato senza che sia stata precedentemente proposta un'istanza di riconoscimento nei confronti della stessa decisione. In una situazione del genere, la convenuta, che chiede il riconoscimento, può presentare osservazioni.

Sulla terza questione

108. Con la sua terza questione il giudice del rinvio chiede se il giudice nazionale dinanzi al quale il titolare della responsabilità genitoriale ha presentato l'istanza di non riconoscimento della decisione del giudice dello Stato membro d'origine che ordina il ritorno del minore verso lo Stato d'origine, decisione per la quale è stato rilasciato un certificato ai sensi dell'art. 42 del regolamento, debba esaminare tale istanza sulla base delle disposizioni del capo III, sezioni 1 e 2, del regolamento, come previsto dall'art. 40, n. 2, di quest'ultimo.

109. Come risulta dalle soluzioni fornite alle questioni precedenti, un'istanza di non riconoscimento di una decisione giudiziaria non è ammessa se è stato rilasciato un certificato ai sensi dell'art. 42 del regolamento. In una situazione siffatta, la decisione certificata beneficia dell'esecutività, dato che non può essere proposta alcuna opposizione al suo riconoscimento.

110. Non occorre quindi risolvere la terza questione.

(*Omissis*)

IL PRIMO RINVIO PREGIUDIZIALE «D'URGENZA»: IL CASO *RINAU*

Sommario: **1.** *Sul fondamentale ruolo del rinvio pregiudiziale nella prassi comunitaria e sua correlazione con la nuova procedura semplificata* - **2.** *Genesi e necessità. Le novità della procedura* - **3.** *Breve descrizione della controversia e i quesiti pregiudiziali* - **4.** *Sintesi delle argomentazioni della Corte e conclusioni.*

1. Sul fondamentale ruolo del rinvio pregiudiziale nella prassi comunitaria e sua correlazione con la nuova procedura semplificata

La sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2008 nel caso *Rinau*¹, che qui si annota, è destinata ad entrare nel novero delle decisioni che fanno epoca, trattandosi della prima applicazione del c.d. rinvio pregiudiziale «d'urgenza». Si tratta di una recente novità procedurale utilizzabile, per il momento, esclusivamente nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, vale a dire, nei settori di cui al Titolo IV (artt. 61-69) della Parte terza del Trattato CE, riguardante i visti, l'asilo, l'immigrazione e le altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone, compresa la cooperazione giudiziaria in materia civile e di cui al Titolo VI (artt. 29-42) del Trattato sull'Unione europea, riguardante la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. Settori "sensibili" nei quali si giocherà, a mio modesto avviso, la sfida dei prossimi anni unitamente allo sviluppo dei diritti sociali comuni ed all'incremento dei diritti fondamentali.

Premesso che occorrerà valutare la nuova procedura alla luce della futura prassi², ad una prima analisi essa appare come uno strumento apprezzabile, di sicura flessibilità, utile nella risoluzione dei quesiti dei giudici nazionali, che

¹ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2008 in causa n. C-195/08 (rubricato) PPU, *Inga Rinau*, non ancora pubblicata in *Raccolta* ma consultabile in <http://curia.europa.eu/jurisp/>.

² Si tenga conto che deve già annoverarsi il secondo rinvio c.d. «PPU», giacché il 12 agosto 2008 in causa n. C-296/08 PPU, *Goigoechea*, la Terza Sezione della Corte di giustizia si è pronunciata con rito abbreviato in materia di compatibilità della Convenzione di estradizione tra gli Stati membri Ue del 27 settembre 1996 (Convenzione di Dublino) con il mandato di arresto europeo (decisione-quadro n. 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, in *Gu-Ue* n. L 190 del 18 luglio 2002, p. 1) che ha sostituito proprio la precedente Convenzione. Sentenza non ancora pubblicata in *Raccolta* ma consultabile in <http://curia.europa.eu/jurisp/>.

comporterà l'accelerazione dei tempi del giudizio da parte della Corte di giustizia in materie rilevanti che necessitano di decisioni rapide³. Occorre tuttavia esaminare il nuovo istituto alla luce del contesto normativo attuale, tenendo in debita considerazione l'importanza fondamentale che fino ad oggi ha avuto lo strumento di cooperazione giudiziaria ex art. 234 TCE, salvaguardandone l'*acquis* e assicurando, nell'esercizio della nuova procedura, ancorché in tempi e procedure ristretti, la medesima impostazione e prospettiva.

Il rinvio d'urgenza, peraltro sollecitato dalla stessa Corte di giustizia⁴ ai sensi dell'art. 245 TCE⁵, ed approvato dalla decisione del Consiglio n. 2008/79/Ce, Euratom, è una variante applicativa («deroga» secondo la decisione) del più generale rinvio pregiudiziale codificato nei Trattati istitutivi⁶.

Com'è noto, tra le competenze che i Trattati assegnano alla Corte di giustizia⁷ – contenziose, pregiudiziali e consultive – non v'è dubbio che la competenza pregiudiziale ha costituito un momento fondamentale della collaborazione tra le autorità nazionali degli Stati membri e le autorità comunitarie, in particolare, tra il potere giudiziario nazionale e il potere sovranazionale⁸. Da

³ Cfr. la decisione del Consiglio 20 dicembre 2007 recante modifica del protocollo sullo statuto della Corte di giustizia e modifiche del regolamento di procedura della Corte di giustizia adottate da quest'ultima il 15 gennaio 2008, in *Gu-Üe* n. L 24 del 29 gennaio 2008, p. 39.

⁴ Cfr. l'istanza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2007 che propone di introdurre le modifiche *ad hoc* nello statuto della Corte; nonché il progetto di modifiche del regolamento di procedura. Vedi il parere della Commissione 2007/0812 (CNS) del 20 novembre 2007 sulla domanda di modifica dello statuto della Corte di giustizia presentata dalla Corte ai sensi dell'art. 245, secondo comma, del Trattato CE e diretta a permettere l'introduzione, in determinati settori, di un procedimento pregiudiziale d'urgenza che deroga a talune disposizioni dello statuto [SEC(2007) 1540 definitivo]. La domanda e il progetto presentati dalla Corte muovono inoltre da una precedente riflessione svoltasi al Consiglio sulla base di due documenti di riflessione della Corte nel 2006 e conclusasi con una lettera del presidente del Consiglio al presidente della Corte il 20 aprile 2007 (punto 4 parere della Commissione).

⁵ Art. 245 TCE: «Lo statuto della Corte di giustizia è stabilito con un protocollo separato. Il Consiglio, deliberando all'unanimità su richiesta della Corte di giustizia e previa consultazione del Parlamento europeo e della Commissione, o su richiesta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e della Corte di giustizia, può modificare le disposizioni dello statuto, ad eccezione del titolo I dello stesso».

⁶ Il dibattito affonda le radici già nelle conclusioni della presidenza del Consiglio europeo del 4 e 5 novembre 2004, che «invitavano a riflettere sull'adozione di una soluzione per trattare in modo spedito e approfondito le richieste di pronuncia pregiudiziale sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, se del caso, modificando in particolare lo statuto della Corte». Ricordo, inoltre, che il regolamento di procedura della Corte di giustizia prevede altresì nel Capo III *bis* l'art. 62 *bis* relativo ai procedimenti accelerati.

⁷ A. TIZZANO in R. ADAM - A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 207 afferma che «la creazione della Corte di Giustizia, della CECA prima, delle Comunità europee poi, ha rappresentato e rappresenta uno dei più originali e felici risultati raggiunti dai redattori dei Trattati europei, e che poche altre istituzioni comunitarie si sono imposte in egual misura all'attenzione generale ed hanno rivelato un'altrettanto fortunata vitalità».

⁸ Attesa la sterminata dottrina si richiamano, oltre ai manuali della materia successivamente citati, soltanto alcune opere ritenute rilevanti ai fini dell'indagine. Cfr. A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, Milano, Giuffrè, 1997; G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, Giuffrè, 2003; cfr. inoltre A. TIZZANO, *Codice dell'Unione europea*, 4a ed., Padova, Cedam, 2005; O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, Zanichelli, 2008, in

siffatta cooperazione giudiziaria la Corte di giustizia, grazie ad una giurisprudenza evolutiva, ha talvolta utilizzato lo strumento ex art. 234 TCE per sancire principi innovativi assenti nei Trattati, ancorché inerenti all'ordinamento dell'Unione⁹.

Ciò perché il sistema giuridico dell'Unione europea¹⁰, con particolare riferimento all'ambito c.d. «comunitario», è un sistema istituzionale «Corte-centrico» nel senso che il contributo che la Corte ha fornito per imporre il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati (art. 220 TCE), è sempre stato motivato dalla necessità di salvaguardare l'interesse (comune) dell'integrazione europea e, soprattutto, delle persone, in ordine alla tutela dei diritti che l'ordinamento dell'Unione ad esse attribuisce.

La tutela giurisdizionale che la Corte ha garantito ai singoli è un aspetto rilevante nell'affermazione della c.d. «comunità di diritto»¹¹, nonché un'azione istituzionale di equidistanza tra soggetti, nella prospettiva della salvaguardia delle prerogative dei soggetti più deboli dell'ordinamento giuridico¹².

Nel sistema comunitario di garanzie giurisdizionali, tra i molteplici ricorsi giurisdizionali esperibili emerge pertanto, prepotentemente, per la sua valenza sociale comunitaria, il c. d. «rinvio pregiudiziale» che, com'è noto, configura una procedura «da giudice a giudice»¹³.

specie p. 179 ss. Anche il prontuario di M. BAPTISTA, *Manuale del rinvio pregiudiziale*, Padova, Cedam, 2000, ancorché non aggiornato con le recenti modifiche.

⁹ Ricordo a mero titolo di esempio le famosissime sentenze *Van Gend en Loos* del 1963, *Costa c. Enel* del 1964, *Simmenthal* del 1978, *Francovich* del 1991, *Pupino* del 2005, *Traghetti del Mediterraneo* del 2006. Giurisprudenza consultabile in B. NASCIMBENE - M. CONDINANZI, *Giurisprudenza di diritto comunitario. Casi scelti*, Milano, Giuffrè, 2007 e A. ADINOLFI, *Materiali di Diritto dell'Unione europea*, 3a ed., Torino, Giappichelli, 2007. Per quanto riguarda il contributo dei giudici italiani all'evoluzione della giurisprudenza comunitaria v. L. DANIELE, *Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale*, in questa *Rivista*, 2008, p. 447 ss.

¹⁰ Considerando l'incerta vicenda delle ratifiche del Trattato di Lisbona a seguito del *referendum* negativo dell'Irlanda, si ritiene di anticipare comunque la futura nuova denominazione della Corte di giustizia «dell'Unione europea» rispetto all'attuale e più familiare denominazione della Corte in quanto istituzione giudiziaria «delle Comunità europee».

¹¹ Sul punto, in generale, A. ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2008, p. 1 ss.

¹² In questa prospettiva si collocano anche le altre giurisdizioni dell'Unione quali il Tribunale (di prima istanza) e, per certi versi, il Tribunale della funzione pubblica.

¹³ Ai sensi dell'art. 234 TCE, ben conosciuto dagli addetti ai lavori, che cito esclusivamente per rilevarne la fonte primaria: «La Corte di giustizia è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a. sull'interpretazione del presente Trattato; b. sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni della Comunità e della BCE; c. sull'interpretazione degli statuti degli organismi creati con atto del Consiglio, quando sia previsto dagli statuti stessi» (primo comma). «Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione» (secondo comma). «Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte di giustizia» (terzo comma). La norma non cita i «giudici nazionali» bensì parla di «giurisdizioni» e la Corte di giustizia ne ha specificato la nozione comunitaria.

Va segnalato che la norma, così strutturata dai redattori del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (Cee) nel 1957, non è stata mai modificata nelle diverse revisioni del Trattato che si sono succedute in oltre cinquant'anni di integrazione europea. È stata la Corte di giustizia che, con una serie di sentenze esplicative, ha precisato la portata delle norme contenute nei tre commi dell'art. 234 TCE, al fine di indicare alle «giurisdizioni» nazionali, in quanto «giudici comunitari decentrati»¹⁴, la via da seguire per una valida interpretazione, invalidazione od applicazione del diritto dell'Unione nell'ordinamento nazionale degli Stati membri¹⁵.

La procedura che, come accennato, si sviluppa «da giudice a giudice» non deve tuttavia trarre in inganno giacché potrebbe essere confusa con una attività consultiva o di tipo consultivo della Corte di giustizia¹⁶.

Ai fini del nostro commento occorre evidenziare le specifiche modalità di esercizio della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia nell'ambito del Titolo IV della Parte terza del Trattato CE, nonché del Titolo VI del Trattato sull'Unione europea riguardante la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. In particolare, si riferiscono alla procedura pregiudiziale d'urgenza l'art. 68 TCE¹⁷ e l'art. 35 TUE¹⁸.

¹⁴ Parla di giudice comune o naturale G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 5a ed., Padova, Cedam, 2008, p. 303. Sul punto mi sia consentito altresì il rinvio a M. FRAGOLA, *Elementi di diritto comunitario*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2005, p. 106.

¹⁵ G. TESAURO, *Diritto comunitario*, loc. cit., p. 316 ss.; R. ADAM - A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione europea*, cit. supra, nota 7, p. 306 ss.

¹⁶ In argomento R. ADAM - A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione europea*, loc. cit., p. 301. Attività (sostanzialmente) consultiva prevista dal Trattato all'art. 300, n. 6 TCE nella materia della stipula di accordi internazionali della Comunità con Stati terzi o organizzazioni internazionali.

¹⁷ Dispone l'art. 68 TCE: «1. L'art. 234 si applica al presente titolo nelle seguenti circostanze e alle seguenti condizioni: quando è sollevata, in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, una questione concernente l'interpretazione del presente titolo oppure la validità o l'interpretazione degli atti delle istituzioni della Comunità fondati sul presente titolo, tale giurisdizione, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su tale punto, domanda alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione. 2. La Corte di giustizia non è comunque competente a pronunciarsi sulle misure o decisioni adottate a norma dell'art. 62, punto 1, in materia di mantenimento dell'ordine pubblico e di salvaguardia della sicurezza interna. 3. Il Consiglio, la Commissione o uno Stato membro possono chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione del presente titolo o degli atti delle istituzioni della Comunità fondati sul presente titolo. La decisione pronunciata dalla Corte di giustizia in risposta a siffatta richiesta non si applica alle sentenze degli organi giurisdizionali degli Stati membri passate in giudicato».

¹⁸ Del pari l'art. 35 TUE «1. La Corte di giustizia delle Comunità europee, alle condizioni previste dal presente articolo, è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità o l'interpretazione delle decisioni-quadro e delle decisioni, sull'interpretazione di convenzioni stabilite ai sensi del presente titolo e sulla validità e sull'interpretazione delle misure di applicazione delle stesse. 2. Con una dichiarazione effettuata all'atto della firma del Trattato di Amsterdam o, successivamente, in qualsiasi momento, ogni Stato membro può accettare che la Corte di giustizia sia competente a pronunciarsi in via pregiudiziale, come previsto dal par. 1. 3. Lo Stato membro che effettui una dichiarazione a norma del par. 2 precisa che: a. ogni giurisdizione di tale Stato avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno può chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale su una questione sollevata in un giudizio pendente davanti a tale giurisdizione e concernente la validità o l'interpretazione di un atto di cui al par. 1, se detta giurisdizione reputi necessaria una decisione su tale punto per emanare la sua sen-

2. Genesi e necessità del rinvio pregiudiziale d'urgenza. Le novità della procedura

Come anticipato, il procedimento pregiudiziale d'urgenza è applicabile unicamente nei settori sensibili di cui al Titolo VI TUE e al Titolo IV TCE.

Nell'unico *considerando* della citata decisione n. 2008/79/Ce, Euratom, il Consiglio, conclude che «occorre prevedere la possibilità di derogare ad alcune disposizioni del protocollo sullo statuto della Corte relative al procedimento nell'ambito dell'introduzione di un procedimento pregiudiziale d'urgenza per i rinvii pregiudiziali relativi allo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia e occorre, per completezza, considerare altresì, nella disposizione che autorizza tali deroghe, il procedimento accelerato previsto dal regolamento di procedura della Corte».

Risulta così aggiunto un articolo specifico nel protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia. L'art. 23 *bis* stabilisce che «Nel regolamento di procedura possono essere previsti un procedimento accelerato e, per i rinvii pregiudiziali relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, un procedimento d'urgenza. Tali procedimenti possono prevedere, per il deposito delle memorie o delle osservazioni scritte, un termine più breve di quello previsto all'art. 23 e, in deroga all'art. 20, quarto comma, la mancanza di conclusioni dell'Avvocato Generale. Il procedimento d'urgenza può prevedere, inoltre, la limitazione delle parti e degli altri interessati di cui all'art. 23 autorizzati a depositare memorie ovvero osservazioni scritte e, in casi di estrema urgenza, l'omissione della fase scritta del procedimento».

Il regolamento di procedura novellato disciplina, all'art. 104 *bis*, il procedimento accelerato e, all'art. 104 *ter*, il procedimento d'urgenza che qui si commenta.

tenza, o *b*. ogni giurisdizione di tale Stato può chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale su una questione sollevata in un giudizio pendente davanti a tale giurisdizione e concernente la validità o l'interpretazione di un atto di cui al par. 1, se detta giurisdizione reputi necessaria una decisione su tale punto per emanare la sua sentenza. 4. Ogni Stato membro, che abbia o meno fatto una dichiarazione a norma del par. 2, ha la facoltà di presentare alla Corte memorie od osservazioni scritte nei procedimenti di cui al par. 1. 5. La Corte di giustizia non è competente a riesaminare la validità o la proporzionalità di operazioni effettuate dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro o l'esercizio delle responsabilità incumbenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna. 6. La Corte di giustizia è competente a riesaminare la legittimità delle decisioni-quadro e delle decisioni nei ricorsi proposti da uno Stato membro o dalla Commissione per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione del presente Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione, ovvero per sviamento di potere. I ricorsi di cui al presente paragrafo devono essere promossi entro due mesi dalla pubblicazione dell'atto. 7. La Corte di giustizia è competente a statuire su ogni controversia tra Stati membri concernente l'interpretazione o l'applicazione di atti adottati a norma dell'art. 34, par. 2, ogniquale volta detta controversia non possa essere risolta dal Consiglio entro sei mesi dalla data nella quale esso è stato adito da uno dei suoi membri. La Corte è inoltre competente a statuire su ogni controversia tra Stati membri e Commissione concernente l'interpretazione o l'applicazione delle convenzioni stabilite a norma dell'art. 34, par. 2, lett. *d*.».

Sono rinvenibili, pertanto, in quanto novità da segnalare e da individuare fra loro distinguendoli, un più generale «procedimento accelerato» ex art. 234 TCE e un «procedimento d'urgenza» per la procedura pregiudiziale relativa allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Entrambi vanno nella direzione della semplificazione dei tempi processuali necessari per emettere la sentenza ex art. 234, giunti ormai al limite della accettabilità della regola dell'equo processo¹⁹.

La *ratio* della nuova procedura è desumibile dalla crescente attività legislativa nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia negli ultimi anni. Soprattutto in tale ambito, ma la regola vale per l'applicazione di tutto il diritto dell'Unione, è fondamentale che le norme comunitarie siano eseguite in modo uniforme nell'intero territorio dell'Unione²⁰. Vero è che le esigenze che interessano lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia sono spesso caratterizzate dall'urgenza, alla quale non può rispondere in modo rapido il procedimento pregiudiziale ordinario (che dura mediamente un anno e otto mesi²¹), soprattutto a motivo della complessità della procedura, della presenza attiva di vari attori e delle problematiche relative alle traduzioni nelle lingue dell'Unione.

Il nuovo procedimento d'urgenza dovrebbe pertanto consentire alla Corte di trattare le questioni più delicate, come quelle che comportano la privazione in via temporanea della libertà di una persona o quelle connesse alla potestà dei genitori o alla custodia dei figli, qualora la competenza del giudice adito in base al diritto comunitario, dipenda dalla soluzione data alla questione pregiudiziale.

In tale contesto i giudici nazionali, già preoccupati dei tempi della giustizia nazionale, potrebbero mostrarsi poco propensi a rinviare gli atti processuali alla Corte, con il rischio di un ulteriore allungamento dei tempi processuali.

Un rimedio a tali preoccupazioni può essere quindi fornito dal presente rinvio pregiudiziale d'urgenza.

Occorre comunque rilevare che la decisione di ricorrere al procedimento pregiudiziale d'urgenza spetta alla Corte. In linea di principio, tale decisione è adottata solo sulla base di una domanda motivata del giudice del rinvio. Tale domanda deve esporre le circostanze di diritto e di fatto che comprovano l'urgenza e, in particolare, i rischi in cui si incorrerebbe qualora la causa seguisse il corso del normale procedimento pregiudiziale. In via eccezionale, la Corte può decidere d'ufficio di sottoporre un rinvio al procedimento pregiudiziale d'urgenza ove quest'ultimo sembri indispensabile²².

Dal punto di vista dell'organizzazione procedurale interna della Corte,

¹⁹ Cfr. la Relazione annuale 2007 della Corte di giustizia con le statistiche giudiziarie in www.curia.europa.eu.

²⁰ Cfr. il Comunicato Stampa della Corte di giustizia del 3 marzo 2008 n. 12/08, a cura della unità Stampa e Informazione, in www.curia.europa.eu.

²¹ In qualche caso si raggiungono addirittura i due anni.

²² Cfr. l'«Integrazione» alla citata Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali della Corte del 25 maggio 2008 in www.curia.europa.eu.

occorre segnalare che questa tipologia di cause è assegnata ad una sezione di cinque giudici²³ designata *ad hoc* per garantire, (presumibilmente) nel corso di un anno, la selezione e la trattazione di tali cause. Sono previste le conclusioni (orali) dell'Avvocato Generale.

Ad una prima e sommaria riflessione, non appare sufficiente la definizione del caso in un anno, ancorché vengono dimezzati i tempi medi oggi necessari. Appare ancora un lasso di tempo troppo lungo considerati gli ambiti trattati, come si diceva, molto sensibili²⁴. Occorre tuttavia aspettare, come anticipato, una prassi significativa per valutare se questa previsione sia valida oppure no.

Un altro aspetto importante attiene ai soggetti ammessi a partecipare attivamente alla procedura: emerge una distinzione tra i soggetti ammessi alla fase scritta del procedimento e coloro che sono autorizzati a partecipare alla fase orale. Nell'ambito del nuovo procedimento, infatti, soltanto le parti della causa principale, lo Stato membro a cui appartiene il giudice del rinvio, la Commissione europea e, se del caso, il Consiglio e il Parlamento europeo, qualora sia controverso uno dei loro atti, sono autorizzati a depositare, *nella lingua processuale* ed entro un breve termine, osservazioni scritte. È quindi superata la laboriosa fase delle traduzioni.

Gli altri interessati, in particolare gli Stati membri diversi da quello cui appartiene il giudice del rinvio, non dispongono di tale facoltà ma sono invitati a partecipare ad *una sola udienza* nella quale, se lo desiderano, possono esporre le loro *osservazioni orali* relative alle questioni proposte dal giudice nazionale e alle osservazioni scritte depositate.

Un'importante novità procedurale riguarda l'utilizzo di *internet* per le comunicazioni tra la Corte di giustizia, il giudice nazionale e le parti: il procedimento si svolgerà in sostanza per via elettronica e per fax. Le comunicazioni tra la Corte e i giudici nazionali, le parti della causa principale, gli Stati membri e le istituzioni comunitarie avranno luogo, nei limiti del possibile, attraverso tale mezzo di comunicazione²⁵.

²³ Si tratta della Terza Sezione della Corte di giustizia.

²⁴ Fermo restando che, se da un lato, è noto che la richiesta di rinvio comporta la sospensione del procedimento nazionale fino a che la Corte non abbia statuito, dall'altro il giudice del rinvio è pur sempre competente ad adottare, qualora lo ritenga necessario, provvedimenti cautelari al fine di tutelare gli interessi delle parti in attesa della sentenza della Corte, in particolare, nei confronti di un atto amministrativo nazionale fondato su un atto comunitario oggetto del rinvio pregiudiziale per l'esame della sua validità.

²⁵ Cfr. il Comunicato Stampa della Corte di giustizia, *cit. supra*, nota 20.

3. Breve descrizione della controversia e i quesiti pregiudiziali

Il procedimento pregiudiziale d'urgenza trae origine da una controversia pendente tra la signora Rinau, cittadina lituana e suo marito, cittadino tedesco, separati in attesa di divorzio, in merito al rientro della loro figlia Luisa in Germania, in quanto trattenuta (a detta del marito illegittimamente) in Lituania dalla signora Rinau. Infatti, il 21 luglio 2006, dopo aver ricevuto dal signor Rinau il permesso di lasciare il territorio tedesco con la loro figlia per un periodo di vacanze di due settimane, la signora Rinau è entrata in Lituania con quest'ultima dove è rimasta fino al momento della lite. Si tratta di una controversia relativa alla responsabilità genitoriale che interessa il diritto comunitario; la giurisdizione nazionale chiede alla Corte di giustizia di risolvere rapidamente alcune questioni interpretative necessarie per la soluzione della causa.

Prima di giungere alla richiesta di rinvio pregiudiziale d'urgenza, durante i vari ricorsi, è emerso un atteggiamento, come dire, "nazionalistico" delle giurisdizioni: i tribunali tedeschi hanno dato ragione alle istanze del signor Rinau, cittadino tedesco, mentre i tribunali lituani hanno "sostenuto" la causa della signora Rinau, cittadina lituana²⁶.

L'*iter* processuale è stato articolato e complesso con varie decisioni di tribunali tedeschi ed altrettante di tribunali lituani²⁷. Semplificando la complessa rete di ricorsi e controricorsi, si consideri che si è giunti alla Corte suprema di Lituania dinanzi alla quale è stata presentata un'istanza di non riconoscimento, in Lituania, di una sentenza pronunciata da un tribunale tedesco. Si tratta di un ricorso per cassazione rivolto all'annullamento della sentenza e all'adozione di una nuova decisione di accoglimento della istanza di non riconoscimento, nella parte in cui affidava la custodia di Luisa al signor Rinau e la obbligava a ricondurre la minore a suo padre, affidandogliene la custodia²⁸.

La Corte suprema lituana necessita dell'interpretazione del regolamento (Ce) del Consiglio 27 novembre 2003, n. 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (Ce) n. 1347/2000²⁹.

²⁶ Nell'agosto 2006, l'Amtsgericht Oranienburg (Germania) ha provvisoriamente affidato la custodia di Luisa a suo padre. Nel dicembre 2006 il tribunale regionale di Klaipeda (Lituania) ha respinto un'istanza del signor Rinau diretta ad ottenere il rientro di sua figlia in Germania.

²⁷ Punti 28-31 della sentenza.

²⁸ Punti 28-41 della sentenza.

²⁹ In *Gu-Üe* n. L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1; regolamento che in materia riprende le Convenzioni di Bruxelles (1968) e dell'Aia (1980). Secondo il dodicesimo e il tredicesimo *considerando* del regolamento, quest'ultimo si basa sul concetto secondo cui l'interesse superiore del minore deve prevalere e, conformemente al suo trentatreesimo *considerando*, il regolamento mira a garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali del bambino quali riconosciuti dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Sono pertanto sottoposte alla Corte di giustizia una serie di questioni pregiudiziali che possono essere così riassunte: in primo luogo, *a.* se una parte interessata, ai sensi dell'art. 21 del regolamento n.2201/2003, possa domandare il non riconoscimento di una decisione giudiziaria, senza che sia stata proposta un'istanza di riconoscimento della decisione; *b.* se il giudice nazionale dinanzi al quale il titolare della responsabilità genitoriale ha presentato l'istanza di non riconoscimento della decisione del giudice dello Stato membro d'origine che prescrive il ritorno del minore, con lui residente, nello Stato d'origine, per la quale è stato rilasciato un certificato ai sensi dell'art. 42 del regolamento, la debba esaminare ai sensi delle disposizioni del capo III, sezioni 1 e 2, del medesimo regolamento, come previsto dall'art. 40, n. 2, dello stesso; *c.* se l'adozione della decisione che prescrive il ritorno del minore e il rilascio del certificato di cui all'art. 42 del regolamento da parte del giudice dello Stato membro d'origine, dopo che il giudice dello Stato membro nel quale il minore è trattenuto illecitamente ha emanato la decisione che prescrive il ritorno del minore nello Stato d'origine, è conforme agli obiettivi e alle procedure di cui al regolamento; *d.* se il divieto di riesame della competenza del giudice d'origine di cui all'art. 24 del regolamento significhi che il giudice nazionale debba riconoscere la decisione del giudice dello Stato membro d'origine che prescrive il ritorno del minore se il giudice dello Stato membro d'origine non ha rispettato il procedimento stabilito dal regolamento ai fini di risolvere la questione del ritorno del minore³⁰.

Inoltre, con ordinanza 21 maggio 2008, depositata nella cancelleria della Corte il 22 maggio 2008, il Lietuvos Aukščiausiasis Teismas ha chiesto che il rinvio pregiudiziale fosse sottoposto al procedimento d'urgenza previsto all'art. 104 *ter* del regolamento di procedura.

4. Sintesi delle argomentazioni della Corte e conclusioni

Non v'è dubbio che la questione oggetto della controversia tra i coniugi Rinau riguarda una fattispecie che necessita di una decisione rapida sì da giustificare il rinvio d'urgenza. Il giudice del rinvio, infatti, ha motivato tale domanda facendo riferimento al diciassettesimo *considerando* del citato regolamento, che concerne il ritorno immediato di un minore sottratto, nonché all'art. 11, par. 3, dello stesso, che fissa al giudice, al quale è stata presentata una domanda per il ritorno del minore, un termine di sei settimane per emanare la sua decisione. Il giudice nazionale rileva la necessità di agire con urgenza, in quanto qualsiasi indugio sarebbe molto pregiudizievole ai rapporti tra la minore ed il genitore dal quale è separata. Il degradarsi di tali rapporti avreb-

³⁰ Per i quesiti v. punto 42 della sentenza.

be potuto essere irreparabile. Il giudice del rinvio giustifica altresì la sua richiesta con la necessità di proteggere la minore da un eventuale danno e di garantire un giusto equilibrio tra gli interessi della minore e quelli dei genitori (il che ha comportato la opportuna richiesta del procedimento d'urgenza³¹).

La Corte di giustizia ha precisato la portata delle norme comunitarie contenute nel regolamento n. 2201/2003 (in particolare gli artt. 42³² e 24³³) in ordine al rientro del minore illecitamente trattenuto in un altro Stato membro. Nella sue argomentazioni la Corte rileva che il certificato relativo all'esecutività non può essere rilasciato senza che sia stata prima adottata una decisione contro il rientro. Nella causa principale, tuttavia, la riforma della decisione iniziale di rifiuto da parte della Corte d'appello lituana non impediva all'Amtsgericht Oranienburg di rilasciare il certificato. Infatti, gli incidenti procedurali che si producono (o si riproducono) nello Stato membro dell'esecuzione dopo l'emanazione di una decisione contro il rientro, non sono determinanti e possono essere considerati irrilevanti ai fini dell'applicazione del regolamento comunitario in questione.

Se così non fosse, il regolamento n. 2201/2003 rischierebbe di essere privato del suo effetto utile, poiché l'obiettivo del rientro immediato del minore resterebbe subordinato alla condizione dell'esaurimento dei mezzi procedurali consentiti dall'ordinamento nazionale dello Stato membro in cui il minore è illecitamente trattenuto. Una volta che una decisione contro il rientro sia stata emanata e portata a conoscenza del giudice d'origine, è irrilevante, secondo la Corte di giustizia, ai fini del rilascio del certificato che conferisce esecutività alla decisione di tale giudice, che la decisione iniziale contro il rientro sia stata sospesa, riformata, annullata o comunque non sia passata in giudicato, ovvero sia stata sostituita da una decisione di rientro, laddove il rientro del mi-

³¹ Punti 44 e 45 della sentenza.

³² L'art. 42 intitolato «Ritorno del minore» sancisce: «1. Il ritorno del minore di cui all'art. 40, par. 1, lett. b., ordinato con una decisione esecutiva emessa in uno Stato membro, è riconosciuto ed è eseguibile in un altro Stato membro senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al riconoscimento, se la decisione è stata certificata nello Stato membro d'origine conformemente al par. 2. Anche se la legislazione nazionale non prevede l'esecutività di diritto, nonostante eventuali impugnazioni, di una decisione che prescrive il ritorno del minore di cui all'art. 11, par. 8, l'autorità giurisdizionale può dichiarare che la decisione in questione è esecutiva. 2. Il giudice di origine che ha emanato la decisione di cui all'art. 40, par. 1, lett. b., rilascia il certificato di cui al par. 1 solo se: a. il minore ha avuto la possibilità di essere ascoltato, salvo che l'audizione sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità; b. le parti hanno avuto la possibilità di essere ascoltate; e c. l'autorità giurisdizionale ha tenuto conto, nel rendere la sua decisione, dei motivi e degli elementi di prova alla base del provvedimento emesso conformemente all'art. 13 della Convenzione dell'Aia del 1980. Nel caso in cui l'autorità giurisdizionale o qualsiasi altra autorità adotti misure per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno nello Stato della residenza abituale, il certificato contiene i dettagli di tali misure. Il giudice d'origine rilascia detto certificato di sua iniziativa e utilizzando il modello *standard* di cui all'allegato IV (certificato sul ritorno del minore). Il certificato è compilato nella lingua della decisione».

³³ Ai sensi dell'art. 24: «Non si può procedere al riesame della competenza giurisdizionale del giudice dello Stato membro d'origine. Il criterio dell'ordine pubblico di cui agli artt. 22, lett. a., e 23, lett. a., non può essere applicato alle norme sulla competenza di cui agli articoli da 3 a 14».

nore non ha effettivamente avuto luogo.

Non essendo stato sollevato alcun dubbio in merito all'autenticità di tale certificato ed essendo quest'ultimo redatto conformemente alle disposizioni del regolamento, l'opposizione al riconoscimento della decisione di rientro è preclusa ed al giudice adito spetta solo constatare l'esecutività della decisione certificata e pronunciare il rientro immediato del minore.

In conclusione, va quindi salutato con favore l'utilizzo, per la prima volta, del nuovo strumento processuale, che ha permesso di ottenere la pronuncia della Corte di giustizia in meno di due mesi; un tempo questo impensabile laddove fosse stata utilizzata la procedura ordinaria³⁴.

La tutela dei diritti del minore è stata assicurata in tempo *record*, così da considerare cautamente positiva ed esauriente l'applicazione della procedura ad una problematica così delicata quale di certo è l'affidamento del minore ai genitori.

Una perplessità va tuttavia segnalata. Considerando i due casi (*Rinau* e *Goigoechea*) già risolti dalla Corte a pochi giorni l'uno dall'altro, non può escludersi in prospettiva un incremento dei ricorsi pregiudiziali d'urgenza da parte dei giudici nazionali che potrebbero portare all'aumento del carico di lavoro della Terza Sezione che, com'è noto, si occupa anche di altre questioni e non soltanto, come nella fattispecie, di risolvere rinvii pregiudiziali d'urgenza.

Vero è che le materie oggetto del rinvio, attesa la delicatezza delle decisioni, meritano un'attenzione particolarmente scrupolosa da parte dei giudici nazionali, nell'interesse primario delle posizioni giuridiche soggettive dei singoli. Appare necessario, quindi, un utilizzo ragionevole e di buon senso della procedura, che altrimenti potrebbe, paradossalmente, dilatare i tempi del giudizio vanificando così la *ratio* dell'intera procedura.

Massimo Fragola*

³⁴ Si considerino la decisione del giudice lituano del 30 aprile 2008, depositata in cancelleria il 14 maggio 2008, e l'ordinanza del medesimo giudice del 21 maggio 2008 con la quale è stato chiesto di sottoporre il rinvio pregiudiziale al procedimento d'urgenza, depositata in cancelleria il 22 maggio 2008. Successivamente, in data 23 maggio 2008, la Terza Sezione della Corte di giustizia ha emesso la decisione di accogliere la domanda, in seguito alla quale si sono tenute la fase scritta del procedimento e le udienze del 26 e del 27 giugno 2008; inoltre gli avvocati delle parti hanno presentato le loro osservazioni ed è stato sentito l'Avvocato Generale.

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea / Università della Calabria.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

L'ADOZIONE DI CRITERI DISCRIMINATORI DI SELEZIONE DEL PERSONALE DA PARTE DI UN IMPRENDITORE CONTRASTA CON LA DIRETTIVA N. 2000/43/CE

Corte di giustizia

Sentenza del 10 luglio 2008 in causa n. C-54/07

Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2000/43/Ce - Principio della parità di trattamento - Criteri discriminatori di selezione del personale - Dichiarazioni pubbliche di un datore di lavoro - Origine etnica o razziale - Assunzione - Limitazioni all'accesso al mercato del lavoro - Onere della prova - Sanzioni - Contrasto.

Il fatto che un datore di lavoro dichiara pubblicamente che non assumerà lavoratori dipendenti aventi una determinata origine etnica o razziale configura una discriminazione diretta nell'assunzione ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. a., della direttiva del Consiglio del 29 luglio 2000, n. 2000/43/CE, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, in quanto siffatte dichiarazioni sono idonee a dissuadere fortemente determinati candidati dal presentare le proprie candidature e, quindi, a ostacolare il loro accesso al mercato del lavoro¹.

Dichiarazioni pubbliche con le quali un datore di lavoro rende noto che, nell'ambito della sua politica di assunzione, non assumerà lavoratori dipendenti aventi una determinata origine etnica o razziale sono sufficienti a far presumere l'esistenza di una politica di assunzione direttamente discriminatoria ai sensi dell'art. 8, n. 1, della direttiva n. 2000/43/CE. Incombe quindi al

* A cura di ENRICA ADOBATI.

datore di lavoro l'onere di provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento. Lo potrà fare dimostrando che la prassi effettiva di assunzione da parte dell'impresa non corrisponde a tali dichiarazioni. Al giudice del rinvio compete verificare che i fatti addebitati siano accertati, nonché valutare se siano sufficienti gli elementi addotti a sostegno delle affermazioni del datore di lavoro secondo le quali egli non ha violato il principio della parità di trattamento².

L'art. 15 della direttiva n. 2000/43/Ce prescrive che, quantunque non vi siano vittime identificabili, le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di attuazione di tale direttiva debbano essere effettive, proporzionate e dissuasive³.

¹⁻³ L'Arbeidshof te Brussel (Belgio) ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 2000/43/Ce, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (in *Guce* n. L 180 del 19 luglio 2000, p. 22) nell'ambito di una controversia insorta tra il Centro per le pari opportunità e per la lotta contro il razzismo e un datore di lavoro, la società Firma Feryn NV, che avrebbe dichiarato pubblicamente di non volere assumere persone di origine marocchina.

L'art. 13, n. 1, della direttiva n. 2000/43/Ce impone agli Stati membri di istituire uno o più organismi per la promozione della parità di trattamento. Il Centro per le pari opportunità, incaricato a tale scopo, chiedeva ai giudici belgi del lavoro di dichiarare che la Feryn, impresa specializzata nella vendita e nell'installazione di porte basculanti e sezionali, applicava una politica di assunzione discriminatoria dopo che uno dei direttori aveva manifestato pubblicamente l'indisponibilità ad assumere operai "alloctoni" a motivo della riluttanza dei clienti a farli accedere alla propria abitazione durante i lavori.

Il Tribunale del lavoro di Bruxelles respingeva l'istanza del Centro per mancanza di prove e, la Corte d'appello del lavoro di Bruxelles, al quale il Centro si è rivolto in seconda istanza, ha sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia.

Il giudice del rinvio, con la prima e la seconda questione ha chiesto alla Corte di interpretare le disposizioni della direttiva n. 2000/43/Ce al fine di stabilire la portata della nozione di discriminazione diretta con riferimento a dichiarazioni pubbliche fatte da un datore di lavoro nell'ambito di una procedura di assunzione; con la terza, quarta e quinta questione la Corte è stata chiamata ad interpretare le condizioni alle quali può essere applicata la regola dell'inversione dell'onere della prova sancita dalla stessa direttiva e, infine, l'ultima questione ha avuto ad oggetto la natura delle sanzioni che potrebbero trovare applicazione nel caso in esame.

La circostanza che un datore di lavoro dichiari pubblicamente che non assumerà lavoratori aventi una certa origine etnica o razziale finisce con il far cambiare idea a candidati che volessero proporre le loro candidature, ostacolando così il loro accesso al mercato del lavoro e configurando una discriminazione diretta ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. a., della direttiva n. 2000/43/Ce. E tale discriminazione sussiste anche in mancanza di un denunciante che possa essere identificato.

Ai sensi dell'art. 8 della direttiva n. 2000/43/Ce incombe alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento nel momento in cui elementi di fatto lasciano presumere l'esistenza di una discriminazione. L'obbligo di fornire la prova contraria, che incombe in tal modo al presunto autore di una discriminazione, è subordinato unicamente alla constatazione di una presunzione di discriminazione. A parere della Corte di giustizia, le dichiarazioni pubbliche rese dal datore di lavoro sono elementi di fatto idonei a far presumere una politica di assunzione discriminatoria.

Il giudice del rinvio avrà il compito di accertare i fatti addebitati al datore di lavoro nonché valutare le affermazioni fatte dallo stesso per provare di non aver violato il principio della parità di trattamento.

Infine, relativamente alle sanzioni da ritenersi adeguate al verificarsi di una discriminazione nell'assunzione accertata sulla base di dichiarazioni pubbliche del datore di lavoro, la Corte, richiamando l'art. 15 della direttiva ha ribadito che, in mancanza dell'individuazione di una vittima della discriminazione, le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.

IL CONDONO FISCALE ITALIANO SULL'IVA CONTRASTA CON IL DIRITTO COMUNITARIO

Corte di giustizia

Sentenza del 17 luglio 2008 in causa n. C-132/06

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

Ricorso ex art. 226 CE - Inadempimento di uno Stato membro - Art. 10 CE - Sesta direttiva IVA - Obblighi in regime interno - Controllo delle operazioni imponibili - Condono - Contrasto - Sussistenza.

La Repubblica italiana, avendo previsto agli artt. 8 e 9 della legge del 27 dicembre 2002, n. 289, le disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2003), una rinuncia generale e indiscriminata all'accertamento delle operazioni imponibili effettuate nel corso di una serie di periodi di imposta, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenenti ai sensi degli artt. 2 e 22 della sesta direttiva del Consiglio del 17 maggio 1977, n. 77/388/Cee, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, nonché dell'art. 10 CE¹.

¹ La Commissione delle Comunità europee ha chiesto alla Corte di giustizia di dichiarare che la Repubblica italiana, prevedendo una rinuncia generale all'accertamento delle operazioni imponibili effettuate nel corso di una serie di periodi di imposta, ha violato gli obblighi ad essa imposti dalla sesta direttiva IVA (in *Guce* n. L 145 del 13 giugno 1977, p. 1) e dall'art. 10 CE.

L'art. 8 della legge italiana n. 289/2002 (l. 27 dicembre 2002, n. 289, in *Guri* n. 240 del 31 dicembre 2002, *suppl. ord.*) che regola l'integrazione degli imponibili per gli anni pregressi, prevede un condono fiscale nell'ambito del quale, qualora vengano presentate determinate dichiarazioni e siano pagate immediatamente determinate somme, l'omesso riconoscimento di importi relativi a vari tributi nel corso degli esercizi d'imposta compresi tra il 1998 (o talora il 1997) e il 2001 non sarà perseguito o sottoposto ad accertamento tributario.

La Commissione ha ritenuto che, relativamente all'IVA, il condono elude le prescrizioni dell'art. 2 della sesta direttiva, che prevede la tassazione delle operazioni, e dell'art. 22, diretto a imporre vari obblighi in merito alla dichiarazione e al pagamento dell'IVA.

Per contro, l'Italia ha sostenuto che l'effetto del condono non è una rinuncia generale e indiscriminata ad ogni attività di verifica; che solo una parte limitata dei contribuenti IVA se ne è avvalsa, che è stato assai produttivo in termini di recupero di imposte, e che quindi si è

verificato un utilizzo coerente di risorse limitate, fondato sulla discrezionalità necessariamente concessa agli Stati membri.

La Corte di giustizia ha osservato, innanzitutto, che gli Stati membri sono obbligati ad accertare le dichiarazioni fiscali dei contribuenti, la relativa contabilità e gli altri documenti utili, nonché a calcolare e a riscuotere l'imposta dovuta. Tuttavia, se è pur vero che gli Stati membri beneficiano di una certa libertà relativamente alle modalità di utilizzo dei mezzi a loro disposizione per garantire il rispetto degli obblighi contributivi a carico dei soggetti passivi, gli Stati devono garantire una riscossione effettiva delle risorse proprie della Comunità. La Corte ha ritenuto che i contribuenti che beneficiano del condono ai sensi dell'art. 8 della legge n. 289/2002, si sottraggono all'obbligo di dichiarare e pagare l'importo dell'IVA normalmente dovuto per i periodi d'imposta compresi fra il 1998 ed il 2001. La normativa controversa determina uno squilibrio significativo tra gli importi effettivamente dovuti e quelli corrisposti dai contribuenti che intendono beneficiare del condono. Ne deriva un effettivo pregiudizio del corretto funzionamento del sistema dell'IVA, nonché un'alterazione del principio di neutralità fiscale (sulla lotta alla frode fiscale promosso dalla sesta direttiva, cfr. sentenze del 21 febbraio 2006 in causa n. C-255/02, *Halifax e a.*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 1609 e del 22 maggio 2008 in causa n. C-162/07, *Ampliscientifica e Amplifin*, inedita in *Raccolta*). Ne consegue, a parere della Corte, che essendo stato violato l'obbligo posto a carico dello Stato di garantire l'esatta riscossione dell'imposta, il ricorso proposto dalla Commissione contro la Repubblica italiana è fondato.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULLA PUBBLICITÀ TELEVISIVA RELATIVA AI TRATTAMENTI MEDICO-CHIRURGICI

Corte di giustizia

Sentenza del 17 luglio 2008 in causa n. C-500/06

Corporación Dermoestética SA c. To Me Group Advertising Media

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 3, n. 1, lett. g., CE, 4 CE, 10 CE, 43 CE, 49 CE, 81 CE, 86 CE e 98 CE - Normativa nazionale che vieta la pubblicità in materia di trattamenti medico-chirurgici di tipo estetico - Reti televisive a diffusione nazionale e locale - Contrasto - Restrizione alla libera prestazione di servizi - Motivi legati alla tutela della salute pubblica - Sussistenza.

Gli artt. 43 CE e 49 CE, in combinato disposto con gli artt. 48 CE e 55 CE, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa, come quella controversa nella causa principale, che vieta la pubblicità sulle reti televisive a diffusione nazionale di trattamenti medico-chirurgici effettuati in strutture sanitarie private, autorizzando al contempo, a talune condizioni, una simile pubblicità sulle reti televisive a diffusione locale¹.

¹ La normativa italiana in materia di pubblicità sanitaria e di repressione dell'esercizio abusivo delle professioni sanitarie (legge 5 febbraio 1992, n. 175, in *Guri* n. 50 del 29 febbraio 1992, p. 4, come modificata dalla legge 3 maggio 2004, n. 112, in *Guri* n. 104 del 5 maggio 2004, *suppl. ord.*) prevede il divieto della pubblicità per trattamenti medico-chirur-

gici di tipo estetico svolti all'interno di strutture sanitarie private sulle reti televisive a diffusione nazionale. Tuttavia, tale pubblicità, diffusa sulle reti televisive locali e con altri mezzi di comunicazione, è consentita alla condizione, da un lato, della previa autorizzazione dell'autorità locale competente, senza che siano precisate le condizioni necessarie per tale autorizzazione, e, dall'altro, che la spesa relativa a tale pubblicità non superi il cinque per cento dei redditi dichiarati per l'anno precedente.

La società Dermoestética incaricava la società To Me Group di realizzare una campagna pubblicitaria, da diffondere sulla rete televisiva nazionale italiana Canale 5, avente ad oggetto servizi di medicina estetica. Il contratto veniva stipulato nei locali della controllata italiana della Dermoestética, la Cliniche Futura Srl. Successivamente, la To Me Group si rifiutava, da un lato, di diffondere i messaggi pubblicitari progettati su reti televisive nazionali, stante le disposizioni della normativa nazionale italiana e, dall'altro lato, di restituire l'acconto ricevuto per il lancio della campagna pubblicitaria. Per contro, la Dermoestética adiva il giudice di Pace di Genova chiedendo la risoluzione del contratto per inadempimento imputabile alla To Me Group. Entrambe le parti, in corso di causa, hanno fatto valere l'incompatibilità con gli artt. 43 e 49 CE della normativa nazionale controversa, in particolare delle disposizioni relative al divieto di diffondere questo genere di pubblicità su emittenti televisive a diffusione nazionale.

Il giudice del rinvio ha sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia al fine di chiarire se il divieto della pubblicità relativa ai trattamenti medico-chirurgici effettuati in strutture sanitarie private sulle reti televisive nazionali contrasti con la normativa comunitaria relativa alla libera prestazione di servizi.

Secondo la Corte di giustizia, un regime di pubblicità come quello previsto dalla legge n. 175/92, il quale consente la diffusione su reti televisive locali della pubblicità relativa ai trattamenti medico-chirurgici effettuati in strutture sanitarie private – il che equivale a vietare tale pubblicità sulle reti televisive a diffusione nazionale – costituisce, per le società stabilite in Stati membri diversi dall'Italia, come la Dermoestética, un serio ostacolo all'esercizio delle loro attività tramite una controllata operante in quest'ultimo Stato membro (cfr. sentenze del 15 gennaio 2002 in causa n. C-439/99, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 305 e in questa *Rivista*, 2002, p. 261 con commento di S. D'ACUNTO, *La sentenza della Corte di giustizia contro l'Italia in materia di "fiere": un dossier complesso e tuttora aperto*, 2002, p. 269; del 30 marzo 2006 in causa n. C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2941; del 26 ottobre 2006 in causa n. C-65/05, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 10341 e del 13 marzo 2008 in causa n. C-248/06, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 47*, pubblicazione sommaria).

Tale regime è, pertanto, idoneo a rendere più difficile l'accesso di tali operatori economici al mercato italiano (v., per analogia, sentenze del 5 ottobre 2004 in causa n. C-442/02, *CaixaBank France*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 8961 e del 5 dicembre 2006 in cause riunite n. C-94/04 e n. C-202/04, *Cipolla e a.*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11421, in questa *Rivista*, 2006, p. 693 con commento di P. QUAIÀ, *Avvocati: qualità o prezzo? In margine alla sentenza della Corte di giustizia in cause riunite n. C-94/04 e n. C-202/04*, p. 701 ss.). Inoltre, un regime di pubblicità come quello previsto dalla legge n. 175/92, impedendo alla Dermoestética di utilizzare le prestazioni di servizi pubblicitari televisivi, costituisce una restrizione della libera prestazione dei servizi.

Infine, la Corte ha escluso che tali provvedimenti possano essere giustificati. Infatti, per poter essere giustificati devono soddisfare quattro condizioni: *a.* devono applicarsi in modo non discriminatorio, *b.* essere giustificati da ragioni imperative di interesse pubblico, *c.* essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e *d.* non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di tale obiettivo (cfr. sentenze del 31 marzo 1993 in causa n. C-19/92, *Kraus*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1663, in questa *Rivista*, 1995, p. 87 con commento di E. ADOBATI, *Laurea ed accesso alla libera professione nell'Unione europea*, 1995, p. 91 ss.; del 30 novembre 1995 in causa n. C-55/94, *Gebhard*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4165 e in questa *Rivista*, 1996, p. 287 con nota di E. ADOBATI, *Differenza tra libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento per l'esercizio della professione forense secondo la sentenza della Corte di giustizia nel caso Gebhard*, p. 293 e commento di A. BARANI, *Il caso Gebhard: un avvocato tedesco in Italia*, p. 301; del 4 luglio 2000 in causa n. C-424/97, *Haim*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 5123; del 1° febbraio 2001 in causa n. C-108/96, *Mac Quen e*

a., in *Raccolta*, 2001, I, p. 837 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 77 ss. e del 6 novembre 2003 in causa n. C-243/01, *Gambelli e a.*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 13031 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 528).

Nel caso di specie, la Corte di giustizia ha osservato che: *a.* il regime di pubblicità controverso si applica indipendentemente dallo Stato membro di stabilimento delle imprese alle quali si rivolge, *b.* la normativa sulla pubblicità televisiva relativa ai trattamenti medico-chirurgici effettuati da strutture sanitarie private può essere giustificata alla luce della finalità di tutela della salute, costituendo questa una delle ragioni imperative di interesse pubblico che, ai sensi dell'art. 46, n. 1, CE e dell'art. 55 possono subire restrizioni, e, infine, *c.* il vietare la pubblicità relativa ai trattamenti medico-chirurgici sulle reti televisive nazionali, rendendo possibile, nello stesso tempo, la diffusione di tale pubblicità sulle reti televisive locali, non può rendere idonea la normativa italiana a garantire il conseguimento dello scopo perseguito. Ne consegue, e così ha concluso la Corte, che la normativa italiana costituisce, di fatto, una restrizione ingiustificata ai sensi degli artt. 43 e 49 CE.

LA CORTE DI GIUSTIZIA CHIARISCE LE MODALITÀ IN BASE ALLE QUALI UN CITTADINO DI UN PAESE TERZO PUÒ CIRCOLARE E SOGGIORNARE ALL'INTERNO DELLO STATO MEMBRO DEL PROPRIO CONIUGE

Corte di giustizia

Sentenza del 25 luglio 2008 in causa n. C-127/08

Metock e a. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2004/38/Ce - Diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri - Familiari cittadini di Paesi terzi - Cittadini di Paesi terzi entrati nello Stato membro ospitante prima di divenire coniugi di cittadini dell'Unione.

La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, n. 2004/38/Ce, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento Cee n. 1612/68 ed abroga le direttive n. 64/221/Cee, n. 68/360/Cee, n. 72/194/Cee, n. 73/148/Cee, n. 75/34/Cee, n. 75/35/Cee, n. 90/364/Cee, n. 90/365/Cee e n. 93/96/Cee, osta alla normativa di uno Stato membro la quale impone al cittadino di un Paese terzo, coniuge di un cittadino dell'Unione che soggiorna in questo Stato membro di cui non ha la cittadinanza, di avere previamente soggiornato legalmente in un altro Stato membro prima del suo arrivo nello Stato membro ospitante, per poter beneficiare delle disposizioni della detta direttiva¹.

L'art. 3, n. 1, della direttiva n. 2004/38/Ce dev'essere interpretato nel

senso che il cittadino di un Paese terzo, coniuge di un cittadino dell'Unione che soggiorna in uno Stato membro di cui non ha la cittadinanza, il quale accompagna o raggiunga il detto cittadino dell'Unione, gode delle disposizioni della detta direttiva, a prescindere dal luogo e dalla data del loro matrimonio nonché dalla modalità secondo la quale il detto cittadino di un Paese terzo ha fatto ingresso nello Stato membro ospitante².

¹⁻² La domanda pregiudiziale di interpretazione della direttiva n. 2004/38/Ce (in *Guce* n. L 158 del 30 aprile 2004, p. 77) è stata proposta nell'ambito di quattro procedimenti promossi dinanzi alla High Court e diretti tutti ad ottenere l'annullamento del provvedimento con il quale il Ministro irlandese della Giustizia, delle pari Opportunità e della Riforma legislativa (di seguito denominato: Ministro) aveva negato il permesso di soggiorno a un cittadino di un Paese terzo, coniugato con una cittadina dell'Unione, residente in Irlanda.

La direttiva n. 2004/38/Ce si applica a qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, nonché ai suoi familiari che accompagnino o raggiungano il cittadino medesimo. Gli Stati membri ammettono nel loro territorio il cittadino dell'Unione munito di una carta d'identità o di un passaporto validi, nonché i suoi familiari cittadini di un Paese terzo, muniti di valido passaporto. I familiari cittadini di un Paese terzo sono assoggettati all'obbligo del visto d'ingresso o al possesso della carta di soggiorno.

L'Irlanda ha recepito la direttiva n. 2004/38/Ce con il decreto irlandese del 2006, relativo alla libera circolazione delle persone all'interno delle Comunità europee, adottato il 18 dicembre 2006 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2007. Secondo tale normativa i familiari di cittadini dell'Unione che siano cittadini di Paesi terzi possono godere del diritto di soggiorno se dimorano legalmente in uno Stato membro.

I quattro ricorrenti delle cause principali, tutti cittadini di Paesi terzi, giungevano in Irlanda e chiedevano asilo politico. Per ognuno di loro, la domanda veniva respinta. Successivamente, i ricorrenti contraevano matrimonio in Irlanda con cittadini dell'Unione che soggiornavano regolarmente in Irlanda, ma non erano cittadini irlandesi.

Dopo il matrimonio, i ricorrenti chiedevano il rilascio di un permesso di soggiorno in qualità di coniugi di un cittadino dell'Unione, occupato e residente in Irlanda. Le domande venivano respinte perché non veniva soddisfatto il presupposto del previo soggiorno legale in un altro Stato membro, previsto dall'art. 3, n. 2, del decreto irlandese del 2006.

Dinanzi alla High Court tutti i ricorrenti nelle cause principali hanno sostenuto, in sostanza, che l'art. 3, n. 2, del decreto del 2006 è in contrasto con la direttiva n. 2004/38/Ce.

La High Court ha deciso di sospendere il procedimento e di proporre alla Corte tre questioni pregiudiziali.

Con la prima questione è stato chiesto alla Corte di chiarire se il previo soggiorno legale in un altro Stato membro prima dell'arrivo nello Stato ospitante contrasti con la direttiva. Sul punto, la Corte di giustizia ha precisato che nessuna disposizione della direttiva n. 2004/38/Ce subordina l'applicazione di quest'ultima al presupposto che i familiari di un cittadino dell'Unione abbiano prima soggiornato in uno Stato membro. La direttiva n. 2004/38/Ce trova applicazione nei confronti di qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, nonché ai suoi familiari, che lo accompagnino o lo raggiungano in tale Stato membro (cfr. art. 3, n. 1). La direttiva n. 2004/38/Ce dev'essere interpretata nel senso che essa si applica a qualsiasi cittadino di un Paese terzo, familiare di un cittadino dell'Unione.

La Corte di giustizia ha sottolineato l'importanza di garantire la tutela della vita familiare dei cittadini degli Stati membri al fine di eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato CE (cfr. sentenze dell'11 luglio 2002 in causa n. C-60/00, *Carpenter*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6279 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 528; del 25 luglio 2002 in causa n. C-459/99, *MRAX*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6591 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 530; del 14 aprile 2005 in causa n. C-157/03, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 2911; del 31 gennaio 2006 in causa n. C-503/03, *Commis-*

sione c. *Spagna*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 1097 e massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 75; del 27 aprile 2006 in causa n. C-441/02, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 3449 e dell'11 dicembre 2007 in causa n. C-291/05, *Eind*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 10719).

La Corte di giustizia ha dichiarato che le affermazioni contenute nella sentenza *Akrich*, (sentenza del 23 settembre 2003 in causa n. C-109/01, in *Raccolta*, 2003, I, p. 9607 e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 767) devono essere riviste. In essa aveva affermato che, per godere dei diritti di cui all'art. 10 del regolamento n. 1612/68, il cittadino di un Paese terzo, coniuge di un cittadino dell'Unione, doveva soggiornare legalmente in uno Stato membro quando il suo trasferimento avveniva verso un altro Stato membro insieme ad un cittadino dell'Unione. Nella sentenza *Metock*, la Corte ha affermato che il godimento di diritti di tal genere non può dipendere da un previo soggiorno legale del coniuge in un altro Stato membro.

I cittadini dell'Unione devono avere sufficienti garanzie di poter condurre una normale vita di famiglia nello Stato membro ospitante; in difetto, sarebbe reso gravemente difficoltoso l'esercizio delle libertà loro garantite dal Trattato.

Sull'obiezione sollevata dal Ministero relativamente alle possibili conseguenze a carico degli Stati membri per il verificarsi di un enorme aumento del numero di persone che potrebbero godere di un diritto di soggiorno all'interno della Comunità, la Corte di giustizia ha rilevato come i diritti di soggiorno e di ingresso di cui alla direttiva sono riconosciuti solamente ai cittadini di Paesi terzi in qualità di familiari di un cittadino dell'Unione che abbia esercitato il diritto alla libera circolazione.

Inoltre, in presenza di ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica è sempre possibile vietarne l'ingresso.

Con la seconda questione la Corte di giustizia ha precisato che il coniuge (cittadino di un Paese terzo) di un cittadino dell'Unione, che accompagni o raggiunga quest'ultimo ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva n. 2004/38/Ce può beneficiare della stessa, indipendentemente dal luogo e dalla data del matrimonio, nonché indipendentemente dalle modalità con le quali egli è entrato nello Stato membro ospitante.

La Corte di giustizia ha precisato, infine, che ai cittadini di Paesi terzi, familiari di un cittadino dell'Unione, la direttiva in questione riconosce il diritto di raggiungere il cittadino dell'Unione nello Stato membro ospitante, a prescindere dal fatto che quest'ultimo vi si sia stabilito prima o dopo aver costituito una famiglia. Questo deve però avvenire nel rispetto degli artt. 27 («Limitazioni del diritto d'ingresso e di soggiorno per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica») e 35 («Abuso di diritto») della direttiva.

LA CORTE DI GIUSTIZIA HA STATUITO SUL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE IN BASE ALLA NAZIONALITÀ PER I CALCIATORI PROFESSIONISTI CITTADINI DI PAESI TERZI

Corte di giustizia

Ordinanza del 25 luglio 2008 in causa n. C-152/08

Real Sociedad de Fútbol SAD, Nihat Kahveci c. Consejo Superior de Deportes, Real Federación Española de Fútbol

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 104, n. 3, del regolamento di procedura - Giurisprudenza precedente della Corte di giustizia - Accordo di associazione CEE-Turchia - Art. 37 del Protocollo addizionale - Ef-

fetti diretti - Condizioni di lavoro - Principio di non discriminazione - Football - Limitazione del numero dei giocatori professionisti provenienti da Stati terzi che possono essere schierati per squadra in una competizione nazionale - Normativa dettata da una federazione sportiva - Divieto dei limiti nello svolgimento di un'attività lavorativa - Contrasto.

Il divieto di operare discriminazioni a danno dei lavoratori di nazionalità turca regolarmente inseriti nel mercato del lavoro degli Stati membri, per quanto attiene alla retribuzione e alle altre condizioni di lavoro, quale previsto dall'art. 37 del Protocollo addizionale, firmato il 23 novembre 1970 a Bruxelles e concluso, approvato e confermato in nome della Comunità con il regolamento Cee del Consiglio del 19 dicembre 1972, n. 2760, allegato all'Accordo di associazione CEE-Turchia, firmato ad Ankara il 12 settembre 1963 dalla Repubblica turca, da una parte, nonché dagli Stati membri della Cee e dalla Comunità, dall'altra, concluso, approvato e confermato in nome della Comunità con decisione del Consiglio del 23 dicembre 1963, n. 64/732/Cee, nonché dall'art. 10, n. 1, della decisione del Consiglio di associazione del 19 settembre 1980, n. 1, relativa allo sviluppo dell'associazione, dev'essere interpretato nel senso che osta all'applicazione ad un atleta professionista di cittadinanza turca, regolarmente occupato da una società con sede in uno Stato membro, di una norma dettata da una federazione sportiva dello stesso Stato ai sensi della quale le società sono autorizzate a schierare in campo, nelle competizioni organizzate su scala nazionale, solo un numero limitato di giocatori originari di Stati terzi che non sono parti dell'Accordo sullo Spazio economico europeo¹.

¹ La domanda pregiudiziale è stata proposta nell'ambito di una controversia tra la Real Sociedad de Fútbol SAD e il signor Kahveci, da una parte, e la Federazione spagnola di football (di seguito denominata: RFEF), dall'altra, con riguardo ad un regolamento sportivo che limita il numero dei giocatori di Stati terzi che possono essere schierati in competizioni nazionali. Il signor Kahveci, cittadino turco è titolare di un permesso di soggiorno e di lavoro in Spagna, ove risiede. Egli è un calciatore professionista in forza di un contratto con la Real Sociedad de Fútbol SAD e ha conseguito una licenza della Federazione in qualità di calciatore non comunitario.

Il ricorrente, invocando l'Accordo di associazione CEE-Turchia (in *Guce* n. 217 del 29 dicembre 1964, p. 3685) nonché il Protocollo addizionale (in *Guce* n. L 293 del 29 dicembre 1972, p. 1), ha presentato una domanda alla RFEF per ottenere la sostituzione della propria licenza con una licenza di calciatore professionista equivalente a quella dei giocatori comunitari.

L'art. 173 del regolamento generale della RFEF dispone che: «(...)», costituisce requisito generale che i calciatori devono soddisfare per iscriversi e ottenere la licenza in qualità di professionisti, il possesso della cittadinanza spagnola o di quella di uno degli altri paesi che costituiscono l'Unione europea o lo Spazio Economico Europeo». Tale regolamento precisa, inoltre, il numero dei calciatori stranieri non comunitari che possono essere schierati contemporaneamente nelle competizioni sportive.

La RFEF ha respinto la domanda del ricorrente, che ha proposto ricorso avverso tale decisione dinanzi al Consejo Superior de Deportes. Il giudice adito – il Tribunale di giustizia di Madrid – ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia al

fine di chiarire se l'art. 37 del Protocollo addizionale che prevede per i lavoratori di nazionalità turca un sistema contrassegnato dall'assenza di discriminazioni fondate sulla nazionalità rispetto ai lavoratori cittadini degli Stati membri della Comunità, per quanto riguarda le condizioni di lavoro e la retribuzione, contrasti con la normativa sopra citata.

La Corte di giustizia ha richiamato innanzitutto l'art. 104, n. 3, 1° comma del regolamento di procedura, dal quale si desume che se la soluzione di una questione pregiudiziale può essere desunta dalla giurisprudenza, la Corte, dopo aver sentito l'Avvocato Generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata contenente i riferimenti alla relativa giurisprudenza.

La Corte ha sottolineato come la questione di cui alla causa principale sia analoga a quella sottoposta alla Corte nelle cause *Deutscher Handballbund* (sentenza dell'8 maggio 2003 in causa n. C-438/00, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4135 e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 353) e *Simutenkov* (sentenza del 12 aprile 2005 in causa n. C-265/03, in *Raccolta*, 2005, I, p. 2579).

Nella prima, la Corte di giustizia ha stabilito che una normativa emanata da una federazione sportiva di uno Stato membro secondo cui le società sono autorizzate a schierare, in occasione delle partite di campionato o di coppa, solo un numero limitato di giocatori originari di Paesi terzi che non sono parti dell'Accordo sullo Spazio economico europeo, non può trovare applicazione ad uno sportivo professionista di cittadinanza slovacca, regolarmente occupato da una società stabilita in uno Stato membro, perché contrastante con l'Accordo di associazione Comunità-Slovacchia.

Nella seconda, i cui fatti sono simili alla sentenza *Deutscher Handballbund*, la Corte di giustizia ha deciso in modo analogo, aggiungendo, altresì che la norma che limita il numero di giocatori cittadini di uno Stato terzo che potevano essere schierati nel campionato nazionale è attinente alle condizioni di lavoro in quanto ha un'influenza diretta sulla partecipazione agli incontri di campionato di un giocatore professionista di tale Stato già regolarmente occupato nello Stato membro ospitante.

A parere della Corte, le disposizioni contenute negli accordi di associazione di cui alla presente causa, nonché alle cause *Deutscher Handballbund* e *Simutenkov*, vietano chiaramente allo Stato membro interessato di assoggettare a trattamento discriminatorio basato sulla cittadinanza rispetto ai propri cittadini, i lavoratori dello Stato terzo interessato, per quel che concerne le loro condizioni di lavoro, di retribuzione o di licenziamento. La Corte, richiamando la finalità propria degli accordi di associazione, che è quella di promuovere lo sviluppo delle relazioni commerciali ed economiche tra le parti contraenti, anche con la realizzazione della libera circolazione dei lavoratori, ha concluso affermando che le norme delle federazioni sportive contrastano con la normativa dettata dai predetti accordi di associazione.

PER IL RECUPERO DEI CREDITI VERSO LO STATO IL TERMINE PER L'ESECUZIONE FORZATA DI CENTOVENTI GIORNI NON CONTRASTA CON LA DIRETTIVA N. 2000/35/CE

Corte di giustizia

Sentenza dell'11 settembre 2008 in causa n. C-265/07

Caffaro s.r.l. c. Azienda Unità Sanitaria Locale RM/C e nei confronti di Banca di Roma SpA

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Transazioni commerciali - Direttiva n. 2000/35/CE - Lotta contro i ritardi di pagamento - Procedure di recupero di crediti non contestati - Termine per ottenere il titolo esecutivo

vo - Esecuzione forzata nei confronti di pubbliche amministrazioni - Sospensione dell'esecuzione forzata successivamente all'ottenimento del titolo esecutivo - Insussistenza del contrasto.

La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 giugno 2000, n. 2000/35/Ce, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, deve essere interpretata nel senso che non osta ad una disposizione nazionale come l'art. 14 d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 1997, n. 30, come modificata dall'art. 147 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, in forza della quale il creditore, munito di titolo esecutivo relativo ad un pagamento non contestato dovuto da una pubblica amministrazione a titolo di corrispettivo di una transazione commerciale, non può procedere ad esecuzione forzata nei confronti della suddetta amministrazione prima del decorrere del termine di 120 giorni dalla notificazione a tale amministrazione del suddetto titolo esecutivo¹.

¹ Il Tribunale civile di Roma ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se la direttiva n. 2000/35/Ce, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (in *Guce* n. L 200 dell'8 agosto 2000, p. 35) contrasti con una normativa nazionale in base alla quale l'esecuzione forzata dei crediti non contestati può essere avviata nei confronti della pubblica amministrazione soltanto dopo la scadenza di un termine pari a centoventi giorni dalla data della notifica del titolo esecutivo alla pubblica amministrazione.

La questione pregiudiziale è stata sollevata nell'ambito del procedimento promosso davanti al Tribunale civile di Roma dalla società Caffaro s.r.l. contro l'Azienda Unità Sanitaria Locale RM/C (di seguito denominata: USL), in forza del titolo esecutivo ottenuto dalla Caffaro conformemente alla normativa nazionale che ha recepito nella legislazione nazionale la direttiva n. 2000/35/Ce, e precisamente l'art. 14 del d.l. n. 669 del 31 dicembre 1996: «Le amministrazioni dello Stato e gli enti pubblici non economici completano le procedure per l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e dei lodi arbitrali aventi efficacia esecutiva e comportanti l'obbligo di pagamento di somme di danaro entro il termine di centoventi giorni dalla notificazione del titolo esecutivo. Prima di tale termine il creditore non può procedere ad esecuzione forzata né alla notifica di atto di precetto».

La Corte di giustizia, investita della questione, si è soffermata innanzitutto sulle finalità della direttiva n. 2000/35/Ce chiarendo come essa miri ad armonizzare talune regole e prassi di pagamento seguite negli Stati membri al fine di lottare contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Tuttavia, la direttiva, relativamente alle procedure di esecuzione forzata di un titolo esecutivo, nonché alle condizioni in presenza delle quali l'esecuzione forzata dello stesso titolo può essere estinta o sospesa, come per altre questioni, rinvia alla normativa nazionale (cfr. sentenza del 23 marzo 2006 in causa n. C-465/04, *Honyvem Informazioni Commerciali*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2879; del 26 ottobre 2006 in causa n. C-302/05, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 10597 e massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 764 e del 3 aprile 2008 in causa n. C-306/06, *Telecom*, inedita in *Raccolta*).

La Corte di giustizia ha precisato come l'art. 5 della direttiva armonizzi solamente il termine per ottenere il titolo esecutivo, senza statuire sulle procedure di esecuzione forzata che rimangono, pertanto, sottoposte al diritto nazionale degli Stati membri: «Gli Stati membri assicurano che un titolo esecutivo possa essere ottenuto, indipendentemente dall'importo del debito, di norma entro 90 giorni di calendario dalla data in cui il creditore ha presentato un ricorso (...)».

A parere della Corte di giustizia, la tutela effettiva del creditore non viene messa in discussione in violazione della direttiva n. 2000/35/Ce. In realtà, sia i procedimenti necessari per l'esecuzione possono continuare il loro corso, sia le procedure della USL necessarie per

effettuare il pagamento non vengono sospese. Scaduto il termine di centoventi giorni senza che sia stato effettuato il pagamento, si potrà dare corso alla procedura esecutiva nei confronti del debitore.

Ne consegue, e così conclude la Corte, che la normativa italiana controversa non contrasta con la direttiva n. 2000/35/Ce: il creditore della pubblica amministrazione italiana non può procedere ad esecuzione forzata, né alla notifica di un atto di precetto, prima che siano trascorsi centoventi giorni dalla notifica del titolo esecutivo.

LA CORTE DI GIUSTIZIA RICONOSCE IL DIRITTO DI SOGGIORNO DEL FIGLIO MAGGIORENNE DI UN LAVORATORE TURCO

Corte di giustizia

Sentenza del 25 settembre 2008 in causa n. C-453/07

Hakan Er c. Wetteraukreis

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Accordo di associazione CEE-Turchia - Decisione n. 1/80 del Consiglio di associazione - Art. 7, 1° comma, secondo trattino - Diritto di soggiorno del figlio maggiorenne di un lavoratore turco - Ricongiungimento familiare - Mancanza di esercizio di un'attività lavorativa subordinata - Condizioni relative alla perdita dei diritti acquisiti - Riconoscimento del diritto di soggiorno.

Un cittadino turco autorizzato a entrare quando era bambino nel territorio di uno Stato membro nell'ambito del ricongiungimento familiare e che abbia acquisito il diritto di libero accesso a qualsiasi attività lavorativa subordinata di propria scelta in forza dell'art. 7, primo comma, secondo trattino, della decisione 19 settembre 1980, n. 1/80, relativa allo sviluppo dell'associazione, adottata dal Consiglio di associazione istituito dall'Accordo di associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia, non perde il diritto di soggiorno nel territorio di tale Stato, che costituisce il corollario di detto diritto di libero accesso, anche qualora, all'età di ventitré anni, non abbia mai esercitato attività lavorative a partire dalla conclusione degli studi, avvenuta all'età di sedici anni, e abbia partecipato ad alcuni programmi statali di accompagnamento al lavoro senza tuttavia portarli a termine¹.

¹ La domanda pregiudiziale relativa all'interpretazione della decisione del Consiglio di associazione del 19 settembre 1980, n. 1, è stata presentata nell'ambito di una controversia che oppone il signor Er, cittadino turco, al Wetteraukreis (circondario di Wetterau) in merito a un procedimento di espulsione dal territorio tedesco.

Il signor Er è nato in Turchia nell'aprile 1984. Nel 1986 si è ricongiunto con il padre a Berlino, lavoratore in Germania, e ha vissuto con il padre fino al 1991. Successivamente il padre è rientrato in Turchia senza la famiglia.

Nel 1998 il signor Er chiedeva alle autorità competenti il permesso di soggiorno e, invitato più volte a trovarsi un impiego, non essendo più a carico della madre, il permesso veniva prorogato fino al 2004. L'ufficio immigrazione respingeva nell'agosto del 2005 la richiesta di permesso presentata nel settembre del 2004. Nel provvedimento il signor Er veniva invitato a lasciare il territorio tedesco, a pena di espulsione verso la Turchia: la concessione del beneficio del diritto di soggiorno ai sensi dell'art. 7, 1° comma della decisione n. 1/80 presuppone che, al momento della introduzione della propria domanda, l'interessato sia attivo sul mercato del lavoro e disponga di concrete opportunità di ottenere un impiego in tempi prevedibili.

Il ricorrente presentava reclamo contro tale provvedimento e, dopo aver esaurito la fase del procedimento sommario, il Verwaltungsgericht Gießen decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale volta a chiarire se un cittadino turco possa perdere il diritto di soggiorno in uno Stato membro, e con questo anche il diritto di libero accesso alle attività dipendenti, qualora all'età di ventitré anni non abbia mai lavorato dall'epoca in cui ha terminato gli studi ma si sia limitato a partecipare ad alcuni programmi statali di sostegno al lavoro senza, tuttavia, portarli a termine.

La Corte di giustizia, investita della questione, ha richiamato il contenuto dell'art. 7 della decisione n. 1/80 secondo il quale i familiari che sono stati autorizzati a raggiungere un lavoratore turco inserito nel regolare mercato del lavoro di uno Stato membro beneficiano del libero accesso a qualsiasi attività dipendente di loro scelta se vi risiedono regolarmente da almeno cinque anni (v. sentenze del 17 aprile 1997 in causa n. C-351/95, *Kadiman*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 2133 e del 18 luglio 2007 in causa n. C-325/05, *Derin*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 6495). Tuttavia, i diritti conferiti al figlio di un lavoratore turco implicano l'effettiva esistenza di un diritto di soggiorno in capo all'interessato (sentenza dell'11 novembre 2004 in causa n. C-467/02, *Cetinkaya*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 10895). Nel caso di specie, il cittadino turco non può essere privato del proprio diritto di soggiorno nel momento in cui avrebbe la possibilità di inserirsi stabilmente sul territorio tedesco (cfr. sentenza del 16 marzo 2000 in causa n. C-329/97, *Ergat*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 1487).

La Corte di giustizia ha più volte precisato (cfr., sul punto, le sentenze del 7 luglio 2005 in causa n. C-373/03, *Aydinli*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 6181; del 16 febbraio 2006 in causa n. C-502/04, *Torun*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 1563; del 4 ottobre 2007 in causa n. C-349/06, *Polat*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 8167, nonché *Ergat* e *Derin*, *cit.*) che solamente in due casi è possibile limitare i diritti che la decisione n. 1/80 riconosce ai familiari di lavoratori turchi: *a.* qualora la presenza del lavoratore turco nel territorio dello Stato ospitante costituisca un pericolo reale e grave per l'ordine pubblico, la sicurezza o la sanità pubbliche, oppure *b.* qualora il soggetto abbia lasciato il territorio dello Stato per un periodo significativo e senza validi motivi. Da tale giurisprudenza la Corte di giustizia ha ricavato che l'assenza dal mercato del lavoro per diversi anni non impedisce al signor Er di rivendicare il proprio diritto di soggiorno. Il ricorrente soddisfa, infatti, i requisiti di cui all'art. 7, 1° comma della decisione n. 1/80 e non può perdere il diritto di soggiorno solamente per il fatto che all'età di ventitré anni non abbia mai esercitato un'attività dipendente. A parere della Corte, qualora il signor Er venisse privato di tale diritto si troverebbe in difficoltà ancor più gravi ad ottenere l'inserimento nello Stato membro ospitante.

UNO STATO MEMBRO NON PUÒ RIFIUTARSI DI RICONOSCERE AI PROPRI CITTADINI IL COGNOME REGISTRATO NELLO STATO MEMBRO DI NASCITA E DI RESIDENZA

Corte di giustizia

Sentenza del 14 ottobre nella causa n. C-353/06

Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul c. Leonhard Matthias Grunkin-Paul e Standesamt Stadt Niebüll

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 18 CE - Cittadinanza dell'Unione - Divieto di discriminazioni fondate sulla cittadinanza - Libertà di circolazione e di soggiorno - Nomi di persona - Conflitto di leggi - Cognome determinato e successivamente modificato in conformità alla legge dello Stato membro di nascita e di residenza - Mancato riconoscimento da parte dello Stato membro di cui si ha la cittadinanza - Contrasto - Sussistenza.

L'art. 18 CE, in circostanze come quelle della causa principale, osta a che le autorità di uno Stato membro, in applicazione del diritto nazionale, rifiutino di riconoscere il cognome di un figlio così come esso è stato determinato e registrato in un altro Stato membro in cui tale figlio – che, al pari dei genitori, possiede solo la cittadinanza del primo Stato membro – è nato e risiede sin dalla nascita¹.

¹ Il Tribunale tedesco di Flensburg ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla legittimità della normativa tedesca secondo cui il cognome di una persona che ha la sola cittadinanza tedesca è determinato esclusivamente dalla legge tedesca. Di conseguenza, anche se una persona è nata e risiede in un altro Stato membro e, in particolare, in Danimarca, la cui normativa trova applicazione nei confronti di tale persona in virtù del diritto danese, il suo cognome, registrato in Danimarca, in conformità con tale diritto, può essere registrato in Germania solo nel caso in cui sia conforme anche al diritto tedesco.

Leonhard Matthias Grunkin-Paul (di seguito denominato: Leonhard), cittadino tedesco residente in Danimarca, figlio della signora Paul e del signor Grunkin, è nato in Danimarca il 27 giugno 1998.

Al bambino veniva attribuito, in virtù del diritto danese, il cognome di entrambi i genitori e veniva iscritto nell'atto danese di nascita.

Gli uffici tedeschi dello stato civile si rifiutavano di riconoscere il cognome del figlio come determinato in Danimarca in quanto la normativa tedesca non consentiva di portare il doppio cognome.

Nel 2006 i genitori di Leonhard chiedevano all'autorità competente di iscrivere quest'ultimo con il cognome Grunkin-Paul nel libretto di famiglia ottenuto nel territorio tedesco di Niebüll. Tale richiesta veniva respinta e l'Amtsgericht Flensburg adito dai coniugi ha sospeso il procedimento e ha sottoposto alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale. La norma controversa è l'art. 10, n. 1, delle disposizioni preliminari al codice civile (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, secondo il quale il cognome di una persona è disciplinato dalla legge dello Stato di cui essa possiede la cittadinanza).

La Corte di giustizia ha, innanzitutto, chiarito che Leonhard può invocare, nei confronti della Germania, il diritto conferito dall'art. 12 CE di non subire una discriminazione basata sulla propria cittadinanza, nonché il diritto, sancito dall'art. 18 CE, di circolare e soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri. A parere della Corte, mentre Leonhard non ha subito nessuna discriminazione fondata sulla cittadinanza, il fatto di essere obbligato a portare in Germania, un cognome differente da quello già attribuito e registrato nello Stato membro di nascita e di residenza, ossia la Danimarca, è idoneo ad ostacolare l'esercizio del diritto a circolare e soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri di cui all'art. 18 CE (cfr. sentenza del 2 ottobre 2003 in causa n. C-148/02, *Garcia Avello*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 11613, e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 58; cfr. altresì, sentenze del 18

luglio 2006 in causa n. C-406/04, *De Cuyper*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6947 e massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 537 e del 22 maggio 2008 in causa n. C-499/06, *Nerkowska*, inedita in *Raccolta* e massimata in questa *Rivista*, 2008, p. 508).

La Commissione ha fatto notare come la prova dell'identità sia generalmente fornita dal passaporto. Poiché Leonhard possiede unicamente la cittadinanza tedesca, il rilascio del passaporto avviene da parte delle autorità tedesche. Qualora queste ultime dovessero opporsi al riconoscimento del cognome registrato in Danimarca, a tale bambino verrà rilasciato dalle autorità in questione un passaporto con un cognome diverso da quello che egli ha ricevuto in Danimarca. Ne consegue, secondo la Corte di giustizia, che la divergenza tra le autorità tedesche e danesi per quanto concerne il cognome dell'interessato potrebbe suscitare concreti dubbi in merito all'identità della stessa persona, nonché all'autenticità dei documenti prodotti o alla veridicità dei dati in essi contenuti. Anche le motivazioni addotte dal Governo tedesco di praticità amministrativa nell'evitare l'attribuzione di cognomi composti come pure quelle sulla contrarietà di tale cognome all'ordine pubblico in Germania non sono state ritenute dalla Corte di giustizia sufficienti a giustificare un ostacolo alla libera circolazione.

I PASSEGGERI DEVONO ESSERE RIMBORSATI NEL CASO IN CUI UNA COMPAGNIA AEREA CANCELLI I VOLI PER MOTIVI TECNICI

Corte di giustizia

Sentenza del 22 dicembre 2008 in causa n. C-549/07

Friederike Wallentin-Hermann c. Alitalia - Linee Aeree Italiane SpA

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Trasporto aereo - Regolamento (Ce) n. 261/2004 - Art. 5 - Compensazione e assistenza ai passeggeri in caso di cancellazione del volo - Esonero dall'obbligo di compensazione - Problemi tecnici - Cancellazione dovuta a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso - Prova.

L'art. 5, n. 3, del regolamento Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004, n. 261, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento Cee n. 295/91, dev'essere interpretato nel senso che un problema tecnico occorso ad un aeromobile e che comporta la cancellazione di un volo non rientra nella nozione di «circostanze eccezionali» ai sensi di tale disposizione, a meno che detto problema derivi da eventi che, per la loro natura o la loro origine, non sono inerenti al normale esercizio dell'attività del vettore aereo in questione e sfuggono al suo effettivo controllo. La convenzione per l'unificazione

di alcune norme relative al trasporto aereo internazionale, conclusa a Montréal il 28 maggio 1999, non risulta determinante ai fini dell'interpretazione delle cause di esonero oggetto dell'art. 5, n. 3, del regolamento n. 261/2004¹.

La frequenza dei problemi tecnici rilevati presso un vettore aereo non è di per sé un elemento che consenta di concludere che sono presenti o meno «circostanze eccezionali» a norma dell'art. 5, n. 3, del regolamento n. 261/2004².

La circostanza che un vettore aereo abbia rispettato i requisiti minimi di manutenzione di un aeromobile non è di per sé sufficiente per dimostrare che tale vettore ha adottato «tutte le misure del caso» ai sensi dell'art. 5, n. 3, del regolamento n. 261/2004 e, pertanto, per liberare il detto vettore dall'obbligo di pagare una compensazione pecuniaria, previsto dagli artt. 5, n. 1, lett. c. e 7, n. 1, di tale regolamento³.

¹⁻³ La Corte di giustizia, con la sentenza sopra massimata, ha statuito che i passeggeri devono essere «compensati pecuniariamente» nel caso in cui una compagnia aerea cancelli un volo per motivi tecnici ordinari.

Il regolamento n. 261/2004 (in *Guce* n. L 46/2004, p. 1) sulla compensazione e l'assistenza ai passeggeri degli aerei prevede, all'art. 5, che in caso di cancellazione del volo, ai passeggeri spetti la compensazione pecuniaria del vettore aereo a meno che essi siano stati informati in maniera tempestiva della cancellazione del volo. La medesima disposizione precisa che il vettore aereo non è tenuto a pagare una compensazione pecuniaria se può dimostrare che la cancellazione del volo è dovuta a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure possibili.

La domanda pregiudiziale sull'interpretazione del regolamento Ce n. 261/2004 è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la signora Wallentin-Hermann e, dall'altro lato, l'Alitalia - Linee Aeree Italiane SpA (di seguito denominata: l'Alitalia) per il rifiuto da parte della compagnia aerea di compensare la ricorrente e la propria famiglia, il cui volo aereo era stato cancellato.

La ricorrente prenotava, presso l'Alitalia, tre posti su un volo in partenza da Vienna e diretto in Italia, a Brindisi, con scalo a Roma. La partenza da Vienna era prevista per il 28 giugno 2005 alle ore 6.45 e l'arrivo a Brindisi era programmato alle 10.35 dello stesso giorno. Dopo la registrazione, i tre passeggeri venivano informati, cinque minuti prima dell'ora prevista di decollo, che il loro volo era stato cancellato. I passeggeri venivano quindi trasferiti su un aeromobile della compagnia Austrian Airlines per Roma, dove non arrivavano in tempo per prendere la loro coincidenza per Brindisi ove giungevano alle ore 14.15.

La cancellazione del volo dell'Alitalia in partenza da Vienna era dovuta ad un complesso guasto tecnico al motore. Il guasto, scoperto il giorno precedente nel corso di una verifica, veniva rimosso l'8 luglio.

La richiesta di risarcimento danni della famiglia austriaca all'Alitalia veniva respinta. La signora avviava un procedimento giudiziario dinanzi al Tribunale circondariale in materia commerciale di Vienna che accoglieva la sua richiesta per il fatto che i problemi tecnici dell'apparecchio in questione non rientravano nelle «circostanze eccezionali» che esonerano dall'obbligo di versare una compensazione pecuniaria ai sensi dell'art. 5, n. 3, del regolamento Ce n. 261/2004.

L'Alitalia ha interposto appello avverso tale decisione dinanzi alla Corte d'appello in materia commerciale di Vienna, che decideva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

Il giudice del rinvio ha chiesto, in sostanza, se l'art. 5, n. 3, del regolamento Ce n. 261/2004, debba essere interpretato nel senso che un problema tecnico all'aeromobile, che comporti la cancellazione di un volo, possa rientrare nella nozione di «circostanze eccezionali» o se, al contrario, tale nozione si riferisca a situazioni di altra natura, che non riguardano problemi tecnici.

La Corte di giustizia, in proposito, ha chiarito come i problemi tecnici rilevati in occasione della manutenzione degli aeromobili, o a causa di una carenza di manutenzione, di per sé non possano costituire «circostanze eccezionali» ex art. 5, n. 3, del regolamento Ce n. 261/2004. Tale conclusione, secondo la Corte, tiene in considerazione il fatto che, per le particolari condizioni in cui si svolge il trasporto aereo nonché per il grado di sofisticatezza tecnologica degli aeromobili, i vettori aerei devono regolarmente fare fronte a molteplici problemi tecnici connessi al funzionamento degli apparecchi. Affinché non venga pregiudicata la sicurezza dei voli, gli apparecchi devono essere sottoposti a regolari e rigidi controlli e la risoluzione di un problema tecnico causato da una carenza nella manutenzione di un apparecchio costituisce il normale esercizio dell'attività del vettore aereo.

La Corte ha precisato, altresì, che la frequenza dei problemi tecnici rilevati presso un vettore aereo non è di per sé un elemento che consenta di concludere che sono presenti o meno «circostanze eccezionali» a norma dell'art. 5, n. 3, del regolamento Ce n. 261/2004.

A parere della Corte, dal regolamento Ce discende che l'esonero dall'obbligo di compensare pecuniariamente i passeggeri in caso di cancellazione di un volo non trova applicazione a tutte le circostanze eccezionali, bensì solo a quelle che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso.

La Corte ha precisato come, dal momento che non tutte le circostanze eccezionali determinano un esonero, spetti al vettore aereo dimostrare che esse non si sarebbero comunque potute evitare con l'adozione di misure idonee alla situazione in questione. Ed è compito del giudice del rinvio verificare se, nelle circostanze della causa principale, l'Alitalia abbia adottato le misure di cui sopra, mettendo in campo tutti i mezzi di personale, di materiale e di risorse finanziarie di cui disponeva. Non è sufficiente, pertanto, che il vettore aereo provi di aver adottato i requisiti minimi di manutenzione per liberarsi dall'obbligo di pagare un risarcimento danni.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

INDIVIDUAZIONE DEL GIUDICE COMPETENTE A DECIDERE UNA CONTROVERSIA NEI CONFRONTI DI UNA PERSONA GIURIDICA IN BASE ALLA CONVENZIONE DI BRUXELLES DEL 1968

Tribunale di Brindisi, sezione distaccata di Ostuni*
Sentenza del 15-17 novembre 2005 n. 38/05

Molentino Giovanni c. I.C. 2000 Interventi costruttivi srl in liquidazione,
Windowmist Limited e Bianco Pasquale

Credito per prestazione professionale - Ingunzione di pagamento - Cessione d'azienda a società di diritto inglese - Azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. - Applicabilità del diritto inglese - Eccezione di difetto di giurisdizione del giudice italiano - Art. 2 Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali resi all'estero - Eccezione di difetto di competenza del giudice territorialmente individuato - Art. 3 della legge n. 218/95 - Art. 5 e 53 della Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale - Declaratoria di incompetenza del giudice adito.

Il rigetto dell'eccezione di difetto di giurisdizione non si pone in contrasto con l'art. 2 della Convenzione di New York del 1958 poiché nel caso di specie non si vuole in alcun modo disconoscere e rendere inoperante la legittima scelta per l'arbitrato internazionale pattiziamente effettuata dalle società odierne convenute nell'atto di conferimento di azienda, ma si ritiene, richiamando il dato letterale dell'art. 2 della

* In argomento v. *infra*, p. 799 ss., il commento di DAVIDE MARCIANÒ.

citata convenzione («ciascuno Stato contraente riconosce la convenzione scritta con la quale le parti si obbligano a sottoporre ad arbitrato tutte o talune controversie insorte o che potrebbero insorgere tra di esse in merito ad un determinato rapporto (...)»), che tale deroga alla giurisdizione italiana ha effetto solo tra le parti che tale scelta hanno effettuato e non sia in alcun modo estensibile a controversie promosse da terzi estranei a tale accordo, pur se rivolte nei confronti delle parti che hanno optato per tale deroga e pur se relative a giudizi tesi a caducare il contratto in cui è inserita la suddetta clausola.

A sensi dell'art. 6 n. 1 della citata Convenzione di Bruxelles (richiamata dall'art. 3 comma 2° L. n. 218/95), «il convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente può essere citato in un altro stato contraente allorquando vi siano pluralità di convenuti, ed esattamente davanti al giudice nella cui circoscrizione è situato il domicilio di uno di essi».

Orbene, l'art. 53 della citata Convenzione di Bruxelles stabilisce che «ai fini dell'applicazione della presente Convenzione la sede della società e delle persone giuridiche è assimilata al domicilio».

Posta dunque l'esistenza di una sede secondaria di una delle società convenute va affermata la giurisdizione del giudice italiano individuato.

(Omissis) In diritto

Richiamando integralmente l'ordinanza del 3 marzo 2004, con particolare riferimento ai motivi di rigetto del difetto di giurisdizione del giudice italiano, preme qui precisare alcuni aspetti della questione.

Il rigetto dell'eccepito difetto di giurisdizione non si pone in contrasto con l'art. 2 della Convenzione di New York del 1958 poiché nel caso di specie non si vuole in alcun modo disconoscere e rendere inoperante la legittima scelta per l'arbitrato internazionale pattiziamente effettuata dalle società odierne convenute nell'atto di conferimento di azienda, ma si ritiene, richiamando il dato letterale dell'art. 2 della citata convenzione («ciascuno Stato contraente riconosce la convenzione scritta con la quale le parti si obbligano a sottoporre ad arbitrato tutte o talune controversie insorte o che potrebbero insorgere tra di esse in merito ad un determinato rapporto (...)»), che tale deroga alla giurisdizione italiana ha effetto solo tra le parti che tale scelta hanno effettuato e non sia in alcun modo estensibile a controversie promosse da terzi estranei a tale accordo, pur se rivolte nei confronti delle parti che hanno optato per tale deroga e pur se relative a giudizi tesi a caducare il contratto in cui è inserita la suddetta clausola.

Certamente né la Convenzione di New York né alcuna norma di legge in materia di clausola compromissoria legittima a ritenere una efficacia *erga omnes* della clausola compromissoria, valida per definizione solo tra le parti contraenti, ponendosi al più il problema della sua trasmissibilità nei confronti degli eredi o comunque aventi causa da una delle parti contraenti (ad esempio curatore fallimentare, cessionario del contratto); evidente che nelle fattispecie la questione sia insussistente, attesa la terzietà dell'odierno attore rispetto al contratto in contestazione.

Né a diverse conclusioni può pervenirsi accedendo alla tesi (Cass. SU n. 6899/03) che identifica l'oggetto dell'azione revocatoria negli obblighi che dal contratto *revocando* sono derivati tra le parti. Ciò perché l'identificazione dell'obbliga-

zione dedotta in giudizio vale solo ad individuare il criterio di collegamento (ex L. 281/95) necessario a radicare il giudizio in uno Stato piuttosto che in un altro e non anche ad imporre una deroga al fondamentale principio della giurisdizione ordinaria.

Fondata invece risulta l'eccezione di incompetenza territoriale sollevata dalla Windowmist.

Aderendo infatti al principio testé esposto, secondo cui l'obbligazione dedotta nel giudizio revocatorio è la medesima oggetto dell'atto di cui si chiede la revoca (e non invece l'obbligo alla cui tutela mira il creditore), ne deriva che sotto questo profilo difetterebbe senz'altro la competenza giurisdizionale italiana, giacché è pacifico che il contratto di conferimento di azienda *de quo* è stato concluso all'estero secondo il diritto inglese e tra società aventi sede nel Regno Unito.

Evidente infatti che afferendo l'oggetto del contratto al trasferimento di azienda, in sé comprendente beni sia materiali che immateriali, non può rilevare, al fine di individuare il *forum destinatae solutionis*, il luogo in cui si trova una parte degli immobili (alcuni peraltro siti in provincia di Bari), a maggior ragione considerando che il contratto *de quo* è disciplinato dal diritto inglese.

Ciò dunque impedisce di radicare il giudizio davanti al giudice italiano, in base al criterio di collegamento indicato al punto 1 dell'art. 5 della Convenzione di Bruxelles, pure richiamato dall'art. 3 comma 2° L. n. 218/95 («il convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente può essere citato in un altro Stato contraente: 1. in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita»).

Tuttavia nella medesima data (14 dicembre 2001) in cui le parti stipulavano nel Regno Unito il contratto in contestazione, la società acquirente Windowmist limited istituiva una propria sede secondaria in Italia e precisamente a Roma (alla via Tomacelli 98).

La suddetta circostanza rende applicabile il diverso criterio di collegamento indicato all'art. 6 n. 1 della citata Convenzione di Bruxelles (richiamata dall'art. 3 comma 2° L. n. 218/95), in base a cui «il convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente può essere citato in un altro stato contraente allorquando vi siano pluralità di convenuti, ed esattamente davanti al giudice nella cui circoscrizione è situato il domicilio di uno di essi».

Orbene, l'art. 53 della citata Convenzione di Bruxelles stabilisce che «ai fini dell'applicazione della presente Convenzione la sede della società e delle persone giuridiche è assimilata al domicilio».

Posta dunque l'esistenza di una sede secondaria in Roma di una delle società convenute va affermata la giurisdizione del giudice italiano individuato territorialmente nel Tribunale di Roma, con conseguente accoglimento dell'eccezione di incompetenza territoriale del Tribunale adito.

Ai sensi dell'art. 2668 comma 2° c.c., va impartito l'ordine al Conservatore dei RR II di Brindisi di cancellazione della trascrizione della domanda introduttiva del presente giudizio.

La complessità della normativa applicabile giustifica la compensazione integrale delle spese di lite, motivata altresì, per Bianco Pasquale, dal rifiuto del contraddittorio da parte dell'attore.

(Omissis)

CONFLITTO DI GIURISDIZIONE IN MATERIA CONTRATTUALE TRA CONVENZIONE DI BRUXELLES DEL 1968 E REGOLAMENTO (CE) N. 44/2001 IN UNA PRONUNCIA DEL GIUDICE ITALIANO

1. La decisione del giudice di Ostuni (Brindisi), che viene qui commentata, riguarda una controversia tra un ingegnere e una società italiana di costruzioni, la IC 2000 Interventi Costruttivi, nei confronti della quale il professionista vantava un credito per prestazioni professionali. La società italiana, con atto di disposizione successivo, stipulava un patto di conferimento d'azienda con una società di diritto inglese, la Windowmist Ltd., con sede principale a Londra. La società inglese, pertanto, acquisiva l'intero patrimonio immobiliare della società italiana, pattuendo il contestuale trasferimento a Londra della sede legale di quest'ultima, con la conseguente messa in liquidazione della società italiana.

Questi, in sintesi, i fatti della causa.

Il professionista impugnava tempestivamente l'atto di cessione della società italiana IC 2000 davanti al Tribunale di Ostuni per farlo dichiarare inefficace – ai sensi dell'art. 2901 cod. civ. – allo scopo di evitare che il medesimo atto di trasferimento potesse irrimediabilmente pregiudicare il proprio credito professionale.

Nelle more del giudizio, interveniva in causa l'ultimo liquidatore *pro tempore* della società italiana, sostenendo il difetto di giurisdizione del giudice italiano, in favore di quello inglese, in considerazione del fatto che il contratto di trasferimento d'azienda era assoggettato al diritto inglese e che, pertanto, tutti i rapporti facenti capo al suddetto contratto dovevano essere ugualmente assoggettati alla giurisdizione del giudice anglosassone. L'intervento volontario del liquidatore, tuttavia, veniva contestato dall'attore.

Si costituiva in giudizio, a sua volta, la società inglese eccependo il difetto di giurisdizione del giudice italiano. Essa infatti sosteneva che il contratto di cessione, sottoscritto in Inghilterra, dovesse essere assoggettato al diritto inglese e, comunque, la presenza di una clausola compromissoria avrebbe devoluto

ogni controversia ad un procedimento arbitrale. Inoltre, la società inglese eccepiva l'incompetenza del giudice localmente adito in favore del Tribunale di Roma, in ragione della presenza, in tale luogo, di una propria sede secondaria. La società IC 2000 rimaneva contumace.

2. Il Tribunale adito ha affrontato preliminarmente il problema dell'efficacia della clausola compromissoria presente nel contratto di cessione d'azienda. Esso ha argomentato che la clausola di deroga alla giurisdizione ordinaria, in favore di quella arbitrale, obbliga esclusivamente le parti che l'hanno sottoscritta, senza produrre alcun effetto nei confronti dei terzi.

All'uopo è necessario richiamare l'art. II della Convenzione di New York del 1958¹ sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali resi all'estero nonché delle convenzioni arbitrali, la cui applicabilità² alla controversia in esame appare fuori discussione, avendo l'Italia e la Gran Bretagna ratificato la Convenzione³.

L'art. II, c. 1, della citata Convenzione⁴ stabilisce che «*Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship,*

¹ Resa esecutiva in Italia con la legge n. 62 del 19 gennaio 1962, in *Guri* n. 46 del 21 febbraio 1969. Sulla Convenzione di New York vedi R. BRUNS - H. MOTULSKY, *Tendances et perspectives de l'arbitrage international*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1957, p. 717 ss.; A. J. VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Deventer, Kluwer, 1981, p. 217-219; R. DAVID, *Arbitration in International Trade*, Deventer, Kluwer, 1985, p. 125-129; ICCA Congress Series no. 9, A. J. VAN DEN BERG (edited by), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreement and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention (Paris 1998)*, The Hague, Kluwer, 1999.

² Vedi A. GIARDINA, *The Practical Application of Multilateral Conventions*, in ICCA Congress Series no. 9; A. J. VAN DEN BERG, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreement and Awards*, cit. *supra*, nota 1, p. 440 ss.; pure, R. LUZZATTO, voce *Arbitrato Commerciale Internazionale*, in *Digesto priv.*, sez. comm., IV, Torino, Utet, 1987, p. 212.

³ L'ambito di applicazione sul piano soggettivo della Convenzione di New York del 1958, tra l'altro, è potenzialmente più esteso in ragione del fatto che le sue norme si applicano alle sentenze arbitrali rese «in un Paese straniero», vale a dire in un Paese diverso da quello nel quale si richiede il riconoscimento, non essendo rilevante, in linea di principio, il fatto che il Paese in cui è reso il lodo sia anche un Paese contraente della Convenzione. In tal senso dispone l'art. I, c. 1, secondo cui «*This Convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, and arising out of differences between persons, whether physical or legal*», quindi, lo Stato contraente è tenuto a riconoscere anche i lodi arbitrali pronunciati in uno Stato non contraente. Tale disposizione comunque è temperata dalla facoltà offerta agli Stati contraenti di formulare la riserva di reciprocità prevista espressamente dall'art. I, c. 3, e pertanto condizionare il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza arbitrale esclusivamente al fatto che questo sia stato pronunciato in uno Stato contraente. Sul punto si veda A. REDFERN - M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, Sweet & Maxwell, 2004, p. 217-123.

⁴ Sul punto vedi più approfonditamente, P. BERNARDINI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, Giuffrè, 2000; A. FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, in F. GALGANO (dir.), *Trattato di diritto commerciale e pubblico dell'economia*, vol. XXX, Padova, Cedam, 2004; M. RUBINO SAMMARTANO, *Arbitration International*, The Hague - London, Kluwer Law International, 2001 2001; da ultimo, Id., *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, Cedam, 2006.

whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration»⁵. Pertanto, l'interpretazione della norma non consente alcuna possibile estensione degli effetti della clausola compromissoria a soggetti diversi da quelli che l'hanno sottoscritta⁶. Semmai, dubbi interpretativi possono sorgere in ordine alla trasmissibilità dell'obbligazione compromissoria agli eredi ed aventi causa delle parti, ma, con tutta evidenza, il caso deciso dal giudice esula da una delle fattispecie sopra segnalate.

Dopo aver risolto la prima questione rilevante, il Tribunale ha affrontato la problematica relativa all'eccezione difetto di giurisdizione.

3. Il giudice ha distinto l'obbligazione alla cui tutela mirava il creditore, cioè il credito derivante da prestazione professionale, dall'obbligazione nascente dall'azione revocatoria, di cui all'art. 2901 c.c., che inerisce direttamente all'atto di trasferimento dell'azienda concluso dalle due società. Una tale distinzione si è resa necessaria al fine di individuare il corretto criterio di collegamento sulla base del quale determinare la giurisdizione competente. Infatti, al fine di determinare la competenza a decidere nell'ambito di un giudizio revocatorio, la Suprema Corte ritiene rilevante l'identità funzionale tra l'obbligazione dedotta nel giudizio revocatorio e l'obbligazione oggetto dell'atto di

⁵ P. BERNARDINI - A. GIARDINA, *Codice dell'Arbitrato*, 2° ed., Milano, Giuffrè, 2000.

⁶ In dottrina si discute sull'estensione degli effetti della clausola compromissoria verso i terzi non contraenti in due ipotesi ben determinate, e cioè nel caso di gruppi di società e nel caso di convenzioni arbitrali di cui è parte lo Stato o enti o società governative. Nella prima ipotesi, in determinate circostanze, è possibile da un lato individuare l'autonomia e la personalità giuridica propria di ciascuna società, e dall'altro lato individuare una dimensione economica unitaria ed indivisibile del gruppo, così che la clausola compromissoria sottoscritta dalla capogruppo sarebbe efficace anche nei confronti delle società figlie. In questo senso la giurisprudenza arbitrale nel Lodo CCI n. 4131/1982, *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*, in *Revue de l'Arbitrage*, 1984, p. 137, confermato dalla Corte d'Appello di Parigi del 21 ottobre 1983 *Isover Saint Gobain v. Dow Chemical*, in *Revue de l'Arbitrage*, 1984, p. 98. Naturalmente la semplice affermazione dell'appartenenza della società ad un gruppo non è di per sé sufficiente ad estendere gli effetti della clausola compromissoria, ma è necessario provare che tra società madre e società figlia/e esista un significativo controllo diretto delle attività da parte della società madre e quindi il superamento della personalità giuridica si impone allorché il controllo e la gestione da parte della società madre ha ingenerato nei terzi la convinzione dell'unitarietà di azione; in particolare si veda il Lodo ICC n. 8385/1995, *U.S. Company vs. Belgian Company*, in *Journ. dr. int.*, 124, p. 1061, 1997, con nota di Y. DERAÏNS. In dottrina più diffusamente, PH. FOUCARD - E. GAILLARD - B. GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, The Hague-Boston-London, Kluwer, 1999, § 497 ss., p. 280-289. Nella seconda ipotesi evidenziata, vale a dire la clausola arbitrale sottoscritta dallo Stato o da altro ente governativo, la dottrina ha tenuto distinta l'ipotesi in cui l'ente che sottoscrive la clausola arbitrale sia o meno dotato di personalità giuridica propria sollevando il problema solo nel secondo caso; cfr. P. MAYER, *La neutralization du pouvoir normative de l'Etat en matière de contrats d'Etat*, in *Journ. dr. int.*, 113, p. 5-7, 1986. Nel noto caso *Westland*, il collegio arbitrale, nella controversia tra la *Westland Ltd.* e l'AOI - Arab Organization for Industrialization (organizzazione intergovernativa composta da Arabia Saudita, Egitto, Emirati Arabi Uniti e Qatar), ha deciso che gli Stati aderenti all'AOI fossero obbligati alla clausola compromissoria argomentando che «the legal status of such a joint inter-state enterprise – to the extent that it can exist at all – cannot be relied upon in order to eliminate the liability of the States which are partners therein». Lodo ad interim ICC n. 3879/1984, *Westland Helicopters Ltd. vs. Arab Organization for Industrialization*, Collegio Arbitrale E. BUCHER (presidente), P. BELLET e N. MANGÅRD, in *Journ. dr. int.*, 112, p. 232, 1985; ma anche in *Revue de l'Arbitrage*, 1989, p. 547, con nota di PH. LEBOULANGER.

cui si chiede la revoca, restando irrilevante l'obbligazione alla cui tutela mira il creditore⁷.

In altri termini, l'obbligazione da considerare ai fini del criterio di collegamento idoneo a determinare la giurisdizione sarebbe l'obbligazione derivante dal contratto di trasferimento d'azienda tra la società italiana e la società inglese. Dal momento che tale contratto è stato interamente sottoposto all'ordinamento inglese, non solo quanto al diritto materiale applicabile, ma anche per il fatto di essere stato stipulato da soggetti di diritto inglese, ne sarebbe pertanto seguito il difetto della giurisdizione italiana in favore della giurisdizione del giudice inglese.

Sulla base, quindi, dell'art. 5 par. 1⁸ della Convenzione di Bruxelles⁹, richiamata dall'art. 3 della l. 218/95¹⁰, il giudice italiano avrebbe dovuto accogliere l'eccezione di difetto di giurisdizione indicando come giudice competente, il giudice inglese¹¹. Ciò in applicazione della deroga speciale al principio del domicilio del convenuto prevista dalla Convenzione medesima per i rapporti contrattuali, laddove è possibile prevedere l'applicazione del principio del *forum destinatae solutionis* e pertanto quello del «giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita» (art. 5, p.

⁷ Vedi, *inter alia*, sentenza delle SU della Cassazione n. 6899 del 7 maggio 2003, *Corkran c. Casa Napoleone*.

⁸ L'art. 5, p. 1, dispone: «Il convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente può essere citato in un altro Stato contraente: 1. in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita; in materia di contratto individuale di lavoro, il luogo è quello in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività; qualora il lavoratore non svolga abitualmente la propria attività in un solo Paese, il datore di lavoro può essere citato dinanzi al giudice del luogo in cui è situato o era situato lo stabilimento presso il quale è stato assunto».

⁹ In *Guce* n. C 27 del 26 gennaio 1998; testo della Convenzione di Bruxelles a seguito delle adesioni del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord con Convenzione di adesione del 9 ottobre 1978; della Repubblica Ellenica con Convenzione di adesione del 25 ottobre 1982; del Regno di Spagna e della Repubblica del Portogallo con Convenzione di adesione del 26 maggio 1989; dell'Austria, Finlandia e Svezia con Convenzione di adesione del 29 novembre 1996. La Convenzione di Bruxelles è stata resa esecutiva in Italia con legge n. 804 del 21 giugno 1971. Vedi inoltre F. POCAR - T. TREVES - R. CLERICI - P. DE CESARI - F. TROMBETTA-PANIGADI, *Codici delle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, Giuffrè, 1999.

¹⁰ In *Guri* n. 128 del 3 giugno 1995, *suppl. ord.*; l'art. 3 della l. n. 218/95, adotta come criterio di giurisdizione generale il domicilio del convenuto, prescrivendo la giurisdizione italiana nell'ipotesi di convenuto domiciliato o residente in territorio italiano ovvero di rappresentante autorizzato a stare in giudizio. Il secondo comma dello stesso articolo dispone quindi il richiamo ai criteri di giurisdizione della Convenzione di Bruxelles. Sul punto, più approfonditamente, AA.VV., *L. 31 maggio 1995, n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1995; cfr. S. M. CARBONE, *In tema di valore del diritto straniero, deroga alla giurisdizione, litispendenza e disciplina dei contratti internazionali*, in G. GAJA (a cura di), *La riforma del diritto internazionale privato e processuale*, in *Raccolte in ricordo di Edoardo Vitta*, Milano, Giuffrè, 1994.

¹¹ In generale, sul rapporto tra Convenzione di Bruxelles e ordinamento giurisdizionale italiano, per tutti F. POCAR, *L'incidenza della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale italiana*, in questa *Rivista*, 1982, p. 420 ss.

1, Conv. Bruxelles)¹². Tale fattispecie integra un tipo di competenza giurisdizionale speciale identificando una controversia che, pur non sottratta al criterio generale del giudice del domicilio o della sede del convenuto, può ugualmente essere conosciuta anche da un altro giudice¹³. La specialità della competenza è qui prevista in funzione delle particolari caratteristiche della controversia (controversia di natura contrattuale)¹⁴.

L'art. 5, pertanto, costituisce un foro speciale, alternativo o facoltativo, in presenza di determinate caratteristiche del rapporto dedotto in giudizio (nel caso di specie: la "materia contrattuale", ex art. 5, n. 1)¹⁵. Il criterio fondamentale applicabile è in ogni caso quello del domicilio del convenuto, come precisato dalla Corte di giustizia nella sentenza relativa al caso *Owusu*, secondo cui tale criterio: «costituisce il principio generale, e solo come eccezione a questo principio la Convenzione prevede i casi, tassativamente elencati, nei quali il convenuto può o deve, a seconda del caso, essere citato in giudizio in altro Stato contraente»¹⁶.

Tuttavia, contestualmente all'atto di trasferimento d'azienda, la società acquirente aveva convenuto di stabilire in Roma una sede secondaria¹⁷. Que-

¹² Sul punto, vedi S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al Regolamento CE n. 805/2004*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 69-114; e F. POCAR, *La Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, 3a ed., Milano, Giuffrè, 1995; inoltre, A. STADLER, *From the Brussels Convention to Regulation 44/2001: Cornerstones of a European Law of Civil Procedure*, CMLR., 2005, p. 1637 ss.

¹³ Cfr. F. MOSCONI, *Diritto Internazionale Privato e Processuale. Parte Generale e Contratti*, Torino, Utet, 2004, p. 38 ss.

¹⁴ A tal proposito la Corte di giustizia ha precisato, per giustificare la presenza dei fori speciali, che «in certi casi ben determinati, esiste un collegamento particolarmente stretto, ai fini dell'economia processuale, fra una controversia e il giudice di un determinato luogo», sentenza del 29 giugno 1994 in causa n. C-288/92, in *Raccolta*, 1994, I, p. 2913 ss.

¹⁵ La Corte di giustizia ha definito in modo autonomo la nozione di «materia contrattuale» fondandosi sui principi e sugli scopi del sistema normativo comunitario e non sul diritto interno degli Stati membri (sentenza del 5 febbraio 2004 in causa n. C-265/02, *Frahuil*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 1543, punto 22, per la quale «la nozione di "materia contrattuale" deve interpretarsi in modo autonomo, facendo riferimento al sistema e agli scopi della Convenzione, al fine di garantirne l'applicazione uniforme in tutti gli Stati contraenti; detta nozione non può pertanto essere interpretata come un rinvio alla qualificazione fornita dal diritto nazionale al rapporto giuridico dedotto dinanzi al giudice nazionale»). Ma nella stessa direzione anche la sentenza della Corte di giustizia del 1° ottobre 2002 in causa n. C-167/00, *Henkel*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 8111, punto 35.

¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 1° marzo 2005 in causa n. C-281/02, *Owusu*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 1383, punto 37, in particolare la Corte afferma che «l'art. 2 ha carattere imperativo e, come risulta dalla stessa sua lettera, la norma di principio che essa prevede è derogabile solo nei casi espressamente previsti dalla Convenzione medesima». Ma pure sentenza del 17 settembre 2002 in causa n. C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 7357, punto 20. Per un commento, vedi R. FENTIMAN, *Civil Jurisdiction and Third States: Owusu and after*, CMLR, 2006, p. 705 ss.

¹⁷ La Convenzione di Bruxelles, all'art. 53, ha fatto coincidere la nozione di sede della società o altra persona giuridica a quella di domicilio tipica delle persone fisiche, statuendo nello specifico che «Ai fini dell'applicazione della seguente Convenzione la sede delle società e delle persone giuridiche è assimilata al domicilio. Tuttavia, per stabilire la sede, il giudice applica le norme di diritto internazionale privato del proprio Stato», generando, invero, il rischio di difformità di soluzioni nella misura in cui ha lasciato alla determinazione della legislazione domestica la determinazione del criterio di collegamento per determinare la sede della persona giuridica. Sull'art. 25 l. n.

sta circostanza ha portato il giudice italiano ad applicare, in modo indiretto, l'art. 6, n. 1¹⁸, della Convenzione di Bruxelles¹⁹, il quale consente all'attore, in caso di pluralità di convenuti, di citare il convenuto davanti al giudice nella cui circoscrizione uno di essi è domiciliato²⁰.

In particolare, ai fini dell'applicabilità della disposizione di cui all'art. 6, par. 1, è necessario che i soggetti da convenire in giudizio siano diversi e che tra le domande sussista un legame così stretto da rendere opportuna, o addirittura, ancorché necessaria, la trattazione e la decisione unica al fine di evitare che i procedimenti possano giungere a conclusioni inconciliabili²¹. Ed invero, la norma è destinata ad operare nelle ipotesi di "connessione", vale a dire nelle cause promosse nei confronti di una pluralità più o meno ampia di convenuti le quali siano legate da un adeguato vincolo.

La normativa in esame, comunque, non specifica cosa debba essere inteso per connessione e quando due o più cause debbano essere trattate in un unico procedimento. Tuttavia, sembra evidente che, ai fini di una corretta ricostruzione del concetto di connessione, appare necessario rifarsi ad una nozione autonoma piuttosto che alla caratterizzazione che l'istituto ha assunto negli ordinamenti dei diversi Stati membri²². La Corte di giustizia ha spesso sottolineato la necessità di una trattazione unificata delle cause ogni volta che si

218/1995, vedi in generale M. V. BENEDETTELLI, *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 39 ss.; e più in generale cfr. A. SANTA MARIA, *Art. 25 (Società ed altri enti)*, in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1995, p. 1040 ss.

¹⁸ Dispone l'art. 6, p. 1: «Il convenuto di cui all'articolo precedente potrà inoltre essere citato: I. in caso di pluralità di convenuti, davanti al giudice nella cui circoscrizione è situato il domicilio di uno di essi».

¹⁹ Sul punto, A. BRIGGS - P. REES, *Civil Jurisdiction and Judgments*, 2nd ed., London, LLP, 1997, p. 130-137; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3^a ed., Parigi, LGDJ, 2002, p. 199-211; Y. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, vol. III, Berne, Stämpfli, 1998, p. 479-556. In giurisprudenza, sentenze della Corte di giustizia del 28 settembre 1999 in causa n. C-440/97, *GIE Groupe Concorde and Others*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 6307, in particolare il par. 23; del 19 febbraio 2002 in causa n. C-256/00, *Besix*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1699 nonché del 1° marzo 2005 in causa n. C-281/02, *Owusu*, *cit. supra*, nota 16.

²⁰ Vedi S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, *cit. supra*, nota 12, p. 99-104; inoltre, C. KHOLER, *Systemwechsel in europäischen EuGVVO zur Abschaffung des Exequatur*, in J. F. BAUR - H. P. MANSEL, *Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht*, München, Beck, 2002, p. 102 ss.

²¹ La giurisprudenza della Cassazione italiana ha stabilito che questo principio è di tale importanza da dover essere applicato anche se in precedenza alcuni dei convenuti avessero sottoscritto una clausola di deroga alla giurisdizione in favore di altro giudice; così Corte di cassazione, 11 novembre 1975, n. 3790, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1976, p. 824 ss.

²² Sull'interpretazione delle norme della Convenzione di Bruxelles, per tutti, P. MENGOZZI, *L'interpretazione della Convenzione di Bruxelles e i principi del diritto comunitario*, in *Jus*, 1990, p. 91 ss. Inoltre, si veda COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Civil Jurisdiction and judgments in Europe, Proceedings of the Colloquium on the Interpretation of the Brussels Convention by the Court of Justice considered in the context of the European Judicial Area. Luxembourg 11-12 March 1991*, London-Dublin-Edinburgh-Brussels, Butterworths, 1992 e, CARBONE, *Base giuridica e i criteri interpretativi delle norme comunitarie nello spazio giuridico europeo*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, p. 183 ss.

presenti il rischio immediato di soluzioni tra di loro incompatibili, al fine di perseguire l'obiettivo di uno spazio giudiziario armonizzato indispensabile alla realizzazione del mercato comune²³. L'orientamento della Corte è stato ora interamente recepito dal nuovo testo dell'art. 6, p. 1, del regolamento n. 44/2001²⁴, il quale si coordina con il disposto dell'art. 28, p. 3, che favorisce la *translatio iudicii*, innanzi ad un unico giudice, di cause connesse pendenti presso giudici di differenti ordinamenti statali. Viene seguita, in tal modo, la *ratio* sottesa alle citate disposizioni, vale a dire l'obiettivo del coordinamento dell'attività giurisdizionale degli Stati membri²⁵.

Val la pena sottolineare che, in ogni caso, la riunione per connessione è subordinata alla condizione che la concentrazione dei procedimenti sia realizzata davanti al giudice del domicilio di uno tra i convenuti "reali". Vale a dire, la connessione di cui all'art. 6, par. 1, non può essere seguita allorché l'attore persegua l'unico scopo di distogliere il convenuto dal giudice del proprio domicilio, ciò che si verificherebbe nell'ipotesi in cui il convenuto prescelto si dimostrasse tale solo sul piano formale e non anche su quello sostanziale²⁶.

²³ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 27 settembre 1988 in causa n. 189/87, *Kalfelis*, in *Raccolta*, 1988, p. 5565, laddove si precisa che «allorché le domande promosse nei confronti di più convenuti siano connesse al momento del loro esperimento, vale a dire se sussiste un interesse ad una istruttoria e ad una pronuncia unica per evitare il rischio di soluzioni eventualmente incompatibili se le cause fossero decise separatamente». In questa direzione anche sentenza della Corte di giustizia del 27 ottobre 1998 in causa n. C-51/97, *Réunion européenne*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 6534, in cui si precisa che «l'art. 6 p. 1 si applica se le varie domande promosse da uno stesso attore nei confronti di più convenuti hanno tra loro un vincolo di connessione tale da rendere opportuna una trattazione e decisione uniche per evitare soluzioni che potrebbero essere tra di loro incompatibili se le cause fossero decise separatamente».

²⁴ La nuova disposizione prevede «La persona di cui all'articolo precedente può inoltre essere convenuta: 1. in caso di pluralità di convenuti, davanti al giudice del luogo in cui uno qualsiasi di essi è domiciliato, sempre che tra le domande esista un nesso così stretto da rendere opportuna una trattazione unica ed una decisione unica onde evitare il rischio, sussistente in caso di trattazione separata, di giungere a decisioni incompatibili».

²⁵ Il coordinamento e l'armonizzazione dell'attività giurisdizionale degli Stati membri sono principi cardine del sistema definito dal regolamento n. 44/2001. Val la pena sottolineare il 15° considerando del regolamento che a tal proposito afferma: «Il funzionamento armonioso della giustizia presuppone che si riduca al minimo la possibilità di pendenza di procedimenti paralleli e che non vengano emesse, in due Stati Membri, decisioni tra loro incompatibili. È necessario stabilire un meccanismo chiaro ed efficace per risolvere i casi di litispendenza e di connessione e, viste le differenze nazionali esistenti in materia, è opportuno definire il momento in cui una causa si considera "pendente". Ai fini del presente regolamento tale momento dovrebbe essere definito in modo autonomo». Sui principi fondamentali che ispirano i processi comunitari di armonizzazione processuale vedi da ultimo S. MARINALI, *I valori comuni nel diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, Giappichelli, 2007, in particolare p. 38-45 e p. 93-98. L'esistenza di principi ispiratori comuni sul coordinamento della giustizia a livello comunitario era a suo tempo stata già affermata da P. JENARD, *Relazione sulla convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale del 27 settembre 1968*, in *Guce* n. C 59 del 5 marzo 1979, p. 1.

²⁶ In tal senso, sentenza della Corte di giustizia del 27 settembre 1988 in causa n. 189/87, *Kalfelis*, cit. *supra*, nota 23, punti 8-9, per cui «Si deve osservare che il principio enunciato dalla Convenzione è quello della competenza dei giudici dello Stato in cui è domiciliato il convenuto e che la competenza prevista dall'art. 6 p. 1, costituisce un'eccezione a questo principio. Ciò potrebbe verificarsi qualora un attore avesse la facoltà di citare in giudizio più convenuti al solo scopo di sottrarre uno di questi convenuti alla competenza dei giudici dello Stato in cui risiede. Come si os-

Nel caso in esame, il giudice preventivamente adito ha ritenuto sussistere la giurisdizione italiana, così come indirettamente individuata ai sensi dell'art. 6, par. 1, della Convenzione di Bruxelles del 1968, dichiarando tuttavia la propria incompetenza territoriale e rinviando la causa al giudice competente individuato nel Tribunale di Roma, dove la Windowmist Ltd. ha la propria sede secondaria.

4. Occorre evidenziare taluni rilievi in merito alla decisione del giudice di Ostuni. La fattispecie in commento, infatti, ricade nell'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles, ma si colloca in un arco temporale preciso, vale a dire nel periodo interessato dall'entrata in vigore del regolamento Ce n. 44/2001 (c.d. Bruxelles I)²⁷ concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale²⁸. Tale regolamento ha sostituito la precedente Convenzione di Bruxelles tra gli Stati membri²⁹, con la sola eccezione della Danimarca³⁰, (per la quale, nei rapporti con tutti gli altri Stati membri, resta in vigore la Convenzione³¹). Il

serva nella relazione del comitato degli esperti che ha elaborato il testo della Convenzione, questa possibilità va esclusa. È perciò necessario che vi sia una connessione tra le domande promosse nei confronti di ciascuno dei convenuti». Cfr. P. F. SCHLOSSER, *EU-Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., München, C. H. Beck, 2003, p. 135 ss.; inoltre, cfr. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (CE) n. 44/2001 (la revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, 2ª ed., Padova, Cedam, 2003.

²⁷ B. ANCEL, *The Brussels I Regulation: Comment*, in *Yearbook of Priv. Int. Law*, 2001, p. 101 ss.; M.-L. NIBOYET, *La révision de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000*, in *Gazette du Palais*, 1/12 juin 2001, n. 161, p. 10 ss.; J.-P. BERAUDO, *Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Journal de droit international*, 2001, p. 1033 ss.

²⁸ In *Guce* n. L 12 del 16 gennaio 2001, con le modifiche apportate dall'Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica Ceca, della Repubblica di Estonia, della Repubblica di Cipro, della Repubblica di Lettonia, della Repubblica di Lituania, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica di Malta, della Repubblica di Polonia, della Repubblica di Slovenia e della Repubblica Slovacca, e agli adattamenti dei trattati su cui si fonda l'Unione Europea, in *Guce* n. L 236 del 23 settembre 2003. Inoltre, in R. CLERICI - F. MOSCONI - F. POCAR, *Legge di riforma del diritto internazionale privato e testi collegati*, 5ª ed., Milano, Giuffrè, 2007, p. 55 ss.

²⁹ L'art. 76 del regolamento n. 44/2001 ne stabilisce l'entrata in vigore a partire dal 1º marzo 2001.

³⁰ Sul punto vedi i rilievi di S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, cit. *supra*, nota 12, p. 10-13; inoltre, W. KENNETT, *The Brussels I Regulation*, in *Int. and Comp. Law Quarterly*, 2001, p. 725. Prima dell'entrata in vigore del regolamento n. 44/2001, F. BERLINGIERI, *Entrata in vigore della convenzione relativa all'adesione della Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito alla Convenzione del 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Diritto Marittimo*, 1987, p. 166 ss.

³¹ Sulle prospettive di sviluppo del processo di uniformazione legislativa del diritto internazionale privato della Comunità europea vedi lo studio di P. LAGARDE, *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures*, in *RabelsZ*, 68, 2004, p. 225-243; inoltre H. GAUDEMET TALLON, *De l'utilité d'une unification de droit international privé de la famille dans l'Union européenne?*, in I. DE MAGALHÃES COLLAÇO - R. M. DE MOURA RAMOS (cur.), *Estudos em homenagem à Isabel de Magalhães Collaço*, I, Coimbra, Almedina, 2002, p. 159 ss.; vedi da ultimo, C. KASSEDJIAN, *Le droit international privé et l'intégration juridique européenne*, in T. EINHORN - K. SIEHR (eds.), *Intercontinental Cooperation Through Pri-*

regolamento n. 44/2001 ha accentuato sensibilmente il processo di riforme legislative comunitarie³² sull'uniformazione del diritto internazionale privato e processuale degli Stati membri³³, al punto che si è arrivati a parlare di una «european conflict of laws devolution» nel sistema di diritto internazionale privato europeo³⁴. Ed infatti, a seguito dell'adozione del Trattato di Amsterdam del 1° maggio 1999³⁵, che attribuisce all'Unione europea una generale competenza sulla cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale³⁶, si è sviluppata una progressiva ed intensa attività normativa che ha avuto modo di incidere su gran parte delle controversie patrimoniali e non patrimoniali del diritto civile tra soggetti appartenenti a Stati membri diversi³⁷.

Appare opportuno, dunque, tenere presente, in ogni caso, la nuova disciplina introdotta dal regolamento n. 44/2001 al fine di valutare la decisione in

vate *International Law*, Essays in Memory of Peter E. Nygh, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2004.

³² In particolare si veda M. GARDEÑES SANTIAGO, *El desarrollo del derecho internacional privado tras el tratado de Amsterdam: Los artículos 61 c) y 65 TCE como base jurídica*, in *Revista de derecho comunitario europeo*, 2002, p. 231 ss.; inoltre cfr. H. GAUDEMET TALLON, *Quel droit international privé pour l'Union Européenne?*, in *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in honor of F. K. Juenger*, Transnational Publishers, Ardsley, New York, 2001, p. 317-328; e TH. M. DE BOER, *European Conflict of Law in the Twenty-First Century*, in *International Conflict of Laws for the Third Millennium*, loc. cit., p. 193-214.

³³ Cfr. C. KOHLER, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2004, p. 65-94.

³⁴ In questi termini F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "european conflict of laws revolution"?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000.

³⁵ In particolare la competenza di cui all'art. 61, lett. c., del Trattato CE, ai sensi del quale «allo scopo di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia il Consiglio adotta [...] misure nel settore della cooperazione giudiziaria civile, come previsto dall'art. 65». E quindi l'art. 65 indica un elenco, non definitivo, di misure che fanno riferimento al diritto processuale civile internazionale, al diritto internazionale privato e al diritto processuale civile. Sul punto, J. BASEDOW, *The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam*, CMLR, 2000, p. 687 ss.; ID., *Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam*, in J.-F. BAUR - H.-P. MANSEL, *Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht*, München, C. H. Beck, 2002, p. 19 ss.; S. BARIATTI, *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al Titolo IV del Trattato CE*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 261 ss.; G.A.L. DROZ - H. GAUDEMET TALLON, *La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Revue critique de droit int. privé*, 2001, p. 601 ss.

³⁶ Nella visione comunitaria le iniziative intraprese nel campo del diritto internazionale privato rientrano nell'ampio programma deliberato dal Consiglio europeo il 30 novembre 2000, relativo all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale e il necessario ravvicinamento delle legislazioni, in *Guce* n. C 12 del 15 gennaio 2001, p. 1 ss.

³⁷ Il programma della Comunità ha coperto infatti la materia contrattuale, quella dell'illecito civile, il divorzio e le unioni di fatto, la filiazione e il fallimento. Infatti, parte del diritto di famiglia è disciplinato nel regolamento (Ce) n. 1347/2000 in materia matrimoniale e di potestà dei genitori; sulle procedure di insolvenza è entrato in vigore il regolamento (Ce) n. 1346/2000; oltre ad una serie di regolamenti che riguardano singoli aspetti relativi all'introduzione e allo svolgimento dei procedimenti giudiziari civili, come la notificazione e la comunicazione degli atti giudiziari ed extra-giudiziari, ovvero la materia dell'assunzione delle prove. Per uno sguardo di insieme, A. LAYTON - H. MERCER, *European Civil Practice*, 2nd ed., London, Sweet & Maxwell, 2004.

commento, che si ritiene abbia seguito una argomentazione giuridica corretta in applicazione della Convenzione di Bruxelles, ma che avrebbe potuto approdare ad esiti almeno parzialmente diversi qualora la controversia fosse rientrata nella sfera di applicazione del nuovo regolamento. Il punto rilevante della controversia consisteva nella determinazione della sede della società o della persona giuridica ai fini dell'individuazione del giudice competente e, conseguentemente, dei criteri di individuazione della sede previsti dalle nuove disposizioni comunitarie. La circostanza dell'applicabilità del criterio del *forum destinatae solutionis* unito al fatto che il convenuto fosse una persona giuridica, che aveva sedi in due Stati membri, avrebbe pertanto condotto ad una interpretazione parzialmente difforme laddove fossero state applicate le nuove disposizioni del regolamento Ce n. 44/2001. La decisione in commento offre, sotto questo profilo, uno spunto di riflessione in merito all'evoluzione normativa della legislazione comunitaria di questo settore.

Ed invero, laddove l'art. 53 della Convenzione di Bruxelles³⁸ assimilava la nozione di domicilio a quella di sede della società o della persona giuridica, la norma corrispondente del regolamento n. 44/2001, l'art. 60³⁹, ha legato la nozione di domicilio alla sede statutaria, o alla sede dell'amministrazione centrale, o, infine, al centro dell'attività principale della persona giuridica.

La formulazione dell'art. 53 della Convenzione era stata da tempo criticata dalla dottrina come norma dal contenuto oscuro e fonte di possibili contraddizioni⁴⁰, perché, indicando come unico collegamento quello della «sede»

³⁸ Vedi *supra*, nota 9. L'art. 53, c. 1, recita: «Ai fini dell'applicazione della presente convenzione la sede delle società e delle persone giuridiche è assimilata al domicilio. Tuttavia, per stabilire tale sede, il giudice applica le norme di diritto internazionale privato del proprio Stato».

³⁹ L'art. 60 del regolamento n. 44/2001 così recita: «1. Ai fini dell'applicazione del presente regolamento una società o altra persona giuridica è domiciliata nel luogo in cui si trova:

la sua sede statutaria, o;
la sua amministrazione centrale, oppure
il suo centro d'attività principale.

2. Per quanto riguarda il Regno Unito e l'Irlanda, per "sede statutaria" si intende il "registered office" o, se non esiste alcun "registered office", il "place of incorporation" (luogo di acquisizione della personalità giuridica), ovvero, se nemmeno siffatto luogo esiste, il luogo in conformità della cui legge è avvenuta la "formation" (costituzione)».

3. Per definire se un trust ha domicilio nel territorio di uno Stato membro i cui giudici sono stati aditi, il giudice applica le norme del proprio diritto internazionale privato».

⁴⁰ A seguito della firma della Convenzione di Bruxelles, la dottrina rilevava la contraddittorietà dell'art. 53; cfr. F. CAPOTORTI, *Osservazioni su alcuni aspetti delle Convenzioni dell'Aja e di Bruxelles relative al riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 321 e ss.; G.A.L. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Paris, Dalloz, 1970, p. 241 ss.; A. SANTA MARIA, *Problemi in tema di applicazione alle società della Convenzione della C.E.E. sulla competenza giurisdizionale e sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 139 ss.; più recentemente, L. MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles. I - Il sistema della competenza*, Padova, Cedam, 1999, p. 214 ss.; H. GAUDEMET TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, 2^a ed., Paris, LGDJ, 1996, p. 54; A.-L. CALVO CARAVACA, *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, Universidad

della società, lasciava alle norme di conflitto nazionali del giudice adito il compito di individuare il luogo in cui era situata detta sede. Per tale motivo il rilievo dato dall'art. 53 ai vari regimi di diritto internazionale privato degli Stati membri creava di fatto la possibilità di conflitti, sia positivi sia negativi, di giurisdizione nell'ipotesi in cui tali discipline avessero previsto diversi criteri di collegamento, aprendo così la strada a contrasti tra giudicati e a pratiche di *forum shopping*⁴¹.

Pertanto, il caso in esame avrebbe anche potuto avere differente esito, dal momento che – non rientrando ipoteticamente la sede italiana della società inglese in alcuna delle fattispecie di cui all'art. 60 – la competenza avrebbe potuto essere devoluta al giudice inglese.

Tra l'altro, la norma di cui all'art. 60 del regolamento Ce n. 44/2001 lascia insoluti taluni problemi applicativi e, in particolare, quello relativo alla possibilità che il domicilio delle società possa contestualmente risultare localizzato in più Stati membri⁴². È possibile infatti che una medesima società possa avere, al di là della sede statutaria, diverse sedi di amministrazione o di governo, (ipotesti, tra l'altro, che si sarebbe potuta verificare nel caso di specie). Se tale situazione si venisse a realizzare in più Stati membri, ne conseguirebbe la concreta possibilità che la medesima controversia possa essere trattenuta da più di una autorità giudiziaria. Ipotesi, invero, che la stessa Convenzione di Bruxelles – ed ora anche il regolamento Ce n. 44/2001 – aveva previsto, ponendo come principio base della litispendenza quello della provenienza dell'atto introduttivo del procedimento, sulla base del quale la competenza viene devoluta al giudice che è stato adito per primo secondo il criterio temporale.

La *ratio* sottesa al nuovo art. 60 pare, dunque, avere altre finalità oltre a quella di risolvere problemi di pluralità di sedi delle persone giuridiche all'interno dello spazio giuridico europeo. La norma, infatti, mira ad evitare che la scelta esclusiva di criteri formalistici (quale quello della sede statutaria) per la

Carlos III, 1995, p. 335 ss. (in particolare l'A. spagnolo sottolinea che il combinato disposto degli artt. 16 n. 2 e 52-53 della Convenzione di Bruxelles sarebbe un inconveniente che potrebbe condurre a «situaciones muis dispaes y en ocasiones absurdas»).

⁴¹ In tal senso, M. V. BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 33, p. 223-225: l'A. sottolinea che «La rilevanza data dall'art. 53 ai regimi conflittuali in vigore negli Stati contraenti, [...] fa sì, da un lato che la stessa applicabilità delle norme uniformi, e quindi per converso l'esclusione dei fori "esorbitanti" eventualmente previsti in materia societaria dai diritti nazionali, finisca col dipendere dalla circostanza che il procedimento sia instaurato di fronte al giudice di uno Stato il cui sistema di conflitto conduca alla localizzazione della sede dell'ente all'interno del territorio comunitario anziché di uno Stato terzo, e crea, dall'altro lato, la possibilità di conflitti di giurisdizione per l'ipotesi in cui questi domiciliino l'ente in luoghi sottoposti alla sovranità di Stati contraenti diversi», p. 224-225; e ID., *Criteri di giurisdizione in materia societaria e diritto comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 879 ss.

⁴² Vedi più diffusamente, S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, cit. *supra*, nota 12, p. 160-163.

determinazione del domicilio delle persone giuridiche, possa essere utilizzata al solo fine di spostare la competenza giurisdizionale in Paesi nei quali è possibile un controllo dell'organo giudiziario da parte dei soggetti economici forti (ad esempio, nelle Isole Bahamas, in Liberia, o in altro Stato a regime fiscale agevolato), con lo scopo di influenzare, più o meno incisivamente, la decisione finale del giudice. In definitiva, il ricorso a tre diversi criteri di giurisdizione, posti in maniera alternativa tra loro, consente al giudice dello Stato membro di poter affermare la propria giurisdizione anche in presenza di società o altre persone giuridiche che solo formalmente hanno la sede in Stati extra comunitari.

Davide Marcianò*

* Assegnista di ricerca in Diritto Internazionale / Università del Salento; dottore di ricerca in Diritto del Commercio Internazionale / Scuola Superiore ISUFI - Università del Salento.

**TUTELA DEI CONSUMATORI DALLE FRODI E DEI PRODUTTORI
DALL'ILLECITA CONCORRENZA: PER I PRODOTTI INDUSTRIALI
RILEVA L'ORIGINE "IMPRENDITORIALE" E NON QUELLA
GEOGRAFICA DEL PRODOTTO**

Tribunale penale di Genova

Sentenza del 3 dicembre 2007-23 aprile 2008 n. C08/485*

Procedimento penale a carico di *I. Prussiani*

Legge n. 350/2003, art. 4, comma 49 - Regolamento (Cee) n. 2913 del 12 ottobre 1992 - Articoli industriali prodotti all'estero e importati in Italia - Definizione di origine delle merci ai fini doganali - Interpretazione della nozione di origine o provenienza di un prodotto funzionalmente alla tutela penale dell'ordine economico o della fede pubblica.

L'art. 517 c.p. tutela l'ordine economico, comprensivo sia della libertà e buona fede del consumatore, sia della protezione del produttore dalla illecita concorrenza e, quindi, richiede la semplice imitazione del marchio o del segno distintivo non necessariamente registrato o riconosciuto, purché idoneo a trarre in inganno l'acquirente.

Con riferimento a questa tutela l'origine di un prodotto va identificata non con il luogo di origine geografico, bensì con riferimento alla fabbricazione da parte di un determinato produttore, il quale coordinando giuridicamente, economicamente e tecnicamente il processo produttivo, assicura la qualità del prodotto.

L'art. 4, comma 49, legge n. 350/2003, richiamando la nozione europea di «origine» non ha inteso modificare l'interpretazione di tale elemento ai fi-

* In argomento v. *infra*, p. 819 ss., il commento di *VALERIA FONTANA*.

ni della tutela penale dell'ordine economico o della fede pubblica e posto che a tali fini origine e provenienza sono funzionali alla qualità del prodotto, ciò che rileva ai fini di detta norma, è la derivazione territoriale o quella imprenditoriale, a secondo che la qualità del prodotto dipenda dall'ambito geografico o dalla tecnica produttiva in cui la merce nasce, o viene creata.

L'elemento «origine» oggetto di tutela dell'art. 4 comma 49 legge n. 350/03 va intesa in senso geografico se si tratta di prodotti agricoli, mentre va intesa in senso "imprenditoriale" (cioè come fabbricazione ad opera di un imprenditore che assume la responsabilità giuridica, economica e tecnica del processo produttivo), se si tratta di prodotti industriali.

L'art. 4, comma 49, legge n. 350/2003 integra una nuova fattispecie di reato che rinvia quoad penam all'art. 517 c.p., ma che si distingue sia dalla vendita dei prodotti industriali con segni mendaci, sia dalla importazione e commercio di prodotti industriali con segni falsi di cui all'art. 474 c.p., in quanto gli ultimi due articoli si riferiscono ai soli prodotti industriali, mentre l'art. 4, comma 49, ha un oggetto di tutela più ampia estendendosi a tutti i prodotti, compresi quindi quelli agricoli e punendo le indicazioni di segni distintivi falsi e non solo fallaci.

Non costituisce condotta punibile ex art. 4, comma 49 legge n. 350/03, l'importazione ad opera di un imprenditore italiano, di prodotti industriali (nella specie accessori per biciclette) sulla cui confezione è indicato esclusivamente il nome del produttore italiano ed il luogo della sede legale, quali prescrizioni imposte dall'art. 1 della legge n. 126 del 10 aprile 1991 e del dlgs n. 475/92, laddove non sia apposta la dicitura «Made in Italy».

(Omissis) In diritto

Secondo l'art. 517 c.p. (vendita di prodotti industriali con segni mendaci) è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a euro 1.032, se il fatto non è previsto come reato da altra disposizione di legge, chiunque pone in vendita o mette altrimenti in circolazione opere dell'ingegno o prodotti industriali con nomi, marchi, o segni distintivi nazionali od esteri atti a trarre in inganno il compratore sull'origine, provenienza o qualità dell'opera o del prodotto. Per "origine" deve intendersi il luogo o il soggetto di produzione, fabbricazione o coltivazione della merce; mentre per "provenienza" deve intendersi il luogo o il soggetto che funge da intermediario tra il produttore e gli acquirenti. L'oggetto giuridico della norma è la tutela dell'ordine economico, comprensivo sia della libertà e buona fede del consumatore, sia della protezione del produttore dalla illecita concorrenza.

È opportuno segnalare – anche per le considerazioni che si svolgeranno in seguito – che tale reato è sussidiario rispetto a quello previsto dall'art. 474 c.p. (introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi); e si distingue da questo perché il secondo, tutelando la fede pubblica, richiede la contraffazione o l'alterazione di un marchio o segno distintivo della merce che sia giuridicamente protetto e riconosciuto, mentre il primo, tutelando solo l'ordine economico, richiede la semplice

imitazione del marchio o del segno distintivo, non necessariamente registrato o riconosciuto, purché essa sia idonea a trarre in inganno l'acquirente (cfr. da ultimo, Cass., Sez. V. n. 3940 del 13 marzo 1987, *Canfora*, rv. 175321; nonché Cass. Sez. V, n. 4534 del 13 aprile 198 [rectius 1988 n.d.r.], *Minichetti*, rv. 178128; Cass. Sez. V. n. 5427 del 12 maggio 1995, *Parisi*, rv. 201326).

Anche in ragione della specifica oggettività giuridica del reato di cui all'art. 517 c.p., la giurisprudenza di legittimità è costante nel ritenere che la garanzia assicurata dalla norma riguarda l'origine e la provenienza della merce, non già da un determinato luogo bensì da un determinato produttore, cioè da un imprenditore che ha la responsabilità giuridica, economica e tecnica del processo di produzione. (Cass. Sez. III, n. 2550 del 26 agosto 1999, P.M. in proc. *Thum*, rv. 214438; Cass. Sez. III, n. 1263 del 2 febbraio 2005 [n.d.r.], ud. 21 ottobre 2004, ric. *Fro srl*).

Infatti ciò che è generalmente rilevante per l'ordine economico come sopra specificato non è l'origine o la provenienza geografica, bensì la fabbricazione, da parte di un determinato imprenditore, il quale, coordinando giuridicamente, economicamente e tecnicamente il processo produttivo, assicura la qualità del prodotto. Come sottolinea la sentenza *Thum* «la induzione in inganno di cui all'art. 517 c.p. riguarda l'origine, la provenienza o la qualità dell'opera o prodotto, ma i primi due elementi sono funzionali al terzo, che è in realtà il solo fondamentale, posto che il luogo o lo stabilimento in cui il prodotto è confezionato è indifferente alla qualità del prodotto stesso».

Lo strumento che rassicura il mercato sulla qualità del prodotto è il marchio, registrato o no, che si configura come segno distintivo del prodotto medesimo, nella forma di un emblema o di una denominazione. Com'è noto la funzione tradizionale del marchio è triplice, perché indica la provenienza imprenditoriale, assicura la qualità del prodotto e agisce come richiamo per la clientela ovverosia come suggestione pubblicitaria.

Orbene questa triplice funzione del marchio non è modificata neppure nella realtà economica contemporanea, nella quale numerose imprese si avvalgono legittimamente di imprese situate in altri Paesi per fabbricare i propri prodotti contrassegnati da un proprio marchio distintivo.

Si pensi al fenomeno tipico delle imprese multinazionali o alla pratica della c.d. delocalizzazione, in cui il processo produttivo, per ragioni economiche o fiscali, viene dislocato in tutto o in parte presso aziende straniere secondo tecniche di produzione che sono tuttavia imposte e controllate dalla impresa madre.

Diverso è invece il caso dei prodotti agroalimentari la cui qualità è connessa in modo rilevante all'ambiente geografico nel quale sono coltivati, trasformati o elaborati.

Il diritto comunitario ha disciplinato questa materia con il Regolamento del Consiglio n. 2081 del 14 luglio 1992, che ha previsto la possibilità di registrare:

a. la «denominazione di origine protetta» (DOP) per i prodotti agricoli o alimentari originati di un determinato territorio la cui qualità o le cui caratteristiche siano dovute essenzialmente o esclusivamente all'ambiente geografico, comprensivo dei fattori naturali ed umani, e la cui produzione, trasformazione ed elaborazione avvengano nell'area geografica d'origine;

b. la «indicazione geografica protetta» (IGP) per i prodotti agricoli o alimentari originati di un determinato territorio, di cui una qualità o caratteristica possa essere attribuita all'origine geografica e la cui produzione e/o trasformazione e/o elabora-

zione avvengano nell'area geografica determinata (art. 2 Reg. Cee n. 2081/92).

La registrazione avviene purché, in entrambi i casi, sia rispettato un determinato «disciplinare», che indica soprattutto le materie prime o le principali caratteristiche fisiche, chimiche, microbiologiche e/o organolettiche del prodotto, nonché il metodo di ottenimento del prodotto stesso (art. 4 reg. Cee n. 2081/92).

Per siffatti prodotti agroalimentari, come è evidente, anche quando non si arrivi a registrare un marchio di denominazione o indicazione geografica, ciò che rileva per l'ordine economico, inteso come protezione dei consumatori e dei produttori, è proprio l'origine territoriale. Si pensi per i prodotti agricoli alle arance di Sicilia, o per i prodotti alimentari al parmigiano reggiano.

Ne deriva che per simili prodotti agroalimentari, o più esattamente per i prodotti industriali di natura alimentare aventi una tipicità territoriale, la origine a cui si riferisce la norma dell'art. 517 c.p. non è soltanto quella imprenditoriale ma anche e soprattutto quella geografica. In tal senso deve essere quindi precisata ed integrata la giurisprudenza di legittimità sopra richiamata.

In questa materia, peraltro, è recentemente intervenuta la legge 24 dicembre 2003 n. 350 (finanziaria 2004) che nell'art. 4 (finanziamento agli investimenti) ha inteso proteggere e promuovere il prodotto *made in Italy* «anche attraverso la regolamentazione dell'indicazione di origine o l'istituzione di un apposito marchio a tutela delle merci integralmente prodotte nel territorio italiano o assimilate ai sensi della normativa europea in materia di origine» (comma 61), stabilendo al riguardo la necessità di un apposito regolamento governativo (comma 63), che non risulta ancora emanato.

Nell'ambito di questa finalità l'art. 4 ha anche previsto strumenti di tutela penale dell'ordine economico, sempre comprensivo degli interessi dei produttori e di quelli dei consumatori. Il comma 49, infatti, con una tecnica normativa che lascia a desiderare e con una sintassi non sempre perspicua, stabilisce che:

«L'importazione e l'esportazione a fini di commercializzazione ovvero la commercializzazione di prodotti recanti falsi o fallaci indicazioni di provenienza costituisce reato ed è punita ai sensi dell'art. 517 c.p.. Costituisce falsa indicazione la stampigliatura "made in Italy" su prodotti e merci non originari dall'Italia ai sensi della normativa europea sull'origine; costituisce fallace indicazione, anche qualora sia indicata l'origine e la provenienza estera dei prodotti o delle merci, l'uso di segni, figure o quant'altro possa indurre il consumatore a ritenere che il prodotto o la merce sia di origine italiana. Le fattispecie sono commesse fin dalla presentazione dei prodotti o delle merci in dogana per l'immissione in consumo o in libera pratica e sino alla vendita al dettaglio».

Giurisprudenza e dottrina si sono già affiancate nel compito di chiarire la portata normativa della disposizione. Al riguardo la Suprema Corte ritiene che la *voluntas legis* che ne risulta debba essere precisata nel modo seguente:

a. viene esplicitamente paralizzata ai sensi dell'art. 517 c.p. non soltanto la messa in vendita o in circolazione ma anche la importazione e la esportazione ai fini di commercializzazione di prodotti con segni mendaci. In tal modo non si realizza una estensione della fattispecie penale codicistica, atteso che nel concetto di «porre in vendita o mettere altrimenti in circolazione» di cui all'art. 517 c.p. era già implicito in quella di «importare o esportare a fini di commercializzazione». Peraltro, col nuovo intervento legislativo si può dire risolto il contrasto giurisprudenziale esistente sul

momento consumativo del reato previsto dallo stesso art. 517.

Infatti la nuova norma stabilisce positivamente che il reato si perfeziona sin dal momento in cui i prodotti sono presentati in dogana per l'immissione in consumo o in libera pratica; sicché altrettanto deve ritenersi per l'analogo reato di cui all'art. 517 (così, in sostanza, la sentenza *Fro* succitata).

b. per altro verso viene estesa la fattispecie penale di cui all'art. 517, includendovi oltre ai prodotti "industriali" anche quelli "agricoli", attesa la innegabile distinzione tra i due tipi di prodotti e la crescente importanza che hanno assunto i prodotti agricoli per la coscienza ecologica e alimentare della popolazione. Infatti nell'art. 517 si menzionano solo i prodotti industriali (oltre che le opere dell'ingegno) mentre nel suddetto comma 49 si fa riferimento ai prodotti *tout court*. Applicare l'art. 517 c.p. ai prodotti tipici agricoli prima dell'entrata in vigore della norma in esame avrebbe configurato una violazione del principio di legalità e tassatività del diritto penale;

c. oltre che l'oggetto materiale, viene anche dilatata la condotta del reato, giacché se l'art. 517 incrimina la commercializzazione di prodotti con segni atti a indurre in inganno il compratore, il ripetuto comma 49 penalizza la commercializzazione di prodotti recanti false o fallaci indicazioni di provenienza. Orbene, secondo il significato proprio delle parole, "falsa" è quella indicazione di origine o provenienza che non corrisponde alla realtà; mentre "fallace" è un'indicazione che, pur non essendo propriamente falsa, trae o può trarre in inganno i soggetti che agiscono nel mercato circa la origine o provenienza del prodotto. Ne deriva che la condotta del reato previsto dalla norma codicistica coincide con una fallace indicazione della origine o provenienza del prodotto, mentre la condotta del nuovo reato comprende non solo la fallace ma anche la falsa indicazione della origine o provenienza.

Per quest'ultimo aspetto la nuova fattispecie è assimilabile al reato di cui all'art. 474 c.p., da cui peraltro si differenzia perché in questo la falsità è per così dire specifica, perfezionandosi attraverso una contraffazione o alterazione del marchio. Si può coerentemente concludere che il reato introdotto dalla legge finanziaria 2004 ha una duplice oggettività giuridica perché tutela non solo l'ordine economico, ma anche la fede pubblica.

In linea con questa concettualizzazione, il legislatore del 2003, che, come si è già notato, era mosso soprattutto dall'intenzione di tutelare il *made in Italy* rispetto ai prodotti stranieri, ha cura di precisare, peraltro, si badi bene, a mo' di semplice esemplificazione, che costituisce falsa indicazione la stampigliatura "made in Italy" su prodotti non originari dell'Italia ai sensi della normativa europea sull'origine; mentre costituisce fallace indicazione l'uso di segnali atti a far ritenere che l'origine del prodotto è italiana, anche quando sia indicata l'origine italiana del medesimo (in tal caso l'indicazione complessiva non è falsa, perché attesta la derivazione estera, ma è appunto fallace, ossia ingannevole, perché può far ritenere che il prodotto abbia origine o provenienza dall'Italia).

A questo punto occorre però precisare qual è la normativa europea sull'origine a cui si riferiscono i citati commi 49 e 61 dell'art. 4 della legge finanziaria e come essa definisce la nozione di origine.

Si deve considerare al riguardo il Regolamento Cee n. 2913 del 12 ottobre 1992, che ha istituito il codice doganale comunitario e ha definito negli artt. 22-26 l'origine delle merci ai fini doganali.

Orbene, nell'art. 23 si definiscono originarie di un Paese le merci interamente ottenute in tale Paese, precisando che per tale devono intendersi: *a.* i prodotti minerali estratti nel suo territorio; *b.* i prodotti del regno vegetale ivi raccolti; *c.* gli animali vivi nati e allevati in detto Paese; *d.* i prodotti che provengono da animali vivi che ivi sono allevati; *e.* i prodotti della caccia e della pesca ivi praticate; *f.* i prodotti della pesca marittima e gli altri prodotti estratti dal mare da navi immatricolate o registrate in tale Paese e battenti bandiera del medesimo; *g.* le merci ottenute a bordo di navi-officina utilizzando i prodotti di cui alla lettera *f.*; *h.* i prodotti estratti dal suolo o dal sottosuolo marino situato al di fuori delle acque territoriali, sempreché tale Paese eserciti diritti esclusivi per lo sfruttamento di tale suolo o sottosuolo; *i.* i rottami e i residui risultanti da operazioni manifatturiere e gli articoli fuori uso, sempreché siano stati ivi raccolti e possano servire unicamente al recupero di materie prime; *j.* le merci ottenute esclusivamente dalle merci di cui alle lettere da *a.* a *i.* e i loro derivati, in qualunque stadio essi si trovino.

Come è evidente si tratta sempre di merci la cui qualità è in qualche modo identificabile in relazione alla loro origine geografica, così come per i prodotti agricoli e alimentari di cui al Reg. Cee n. 2801/1992. Sembra logico dedurre che il legislatore nazionale del 2003 nel riferirsi alla nozione europea di origine abbia inteso richiamare la categoria di derivazione geografica (solo) per quei prodotti di tipo agricolo, minerario o animale, le cui caratteristiche, siano in qualche modo collegate al loro ambiente territoriale.

È ben vero che quando alla produzione delle merci contribuiscono due o più Paesi l'art. 24 del Reg. Cee n. 2913/92 definisce come Paese d'origine quello in cui è avvenuta l'ultima trasformazione o lavorazione sostanziale, atteso che per le esigenze del commercio internazionale l'origine della merce deve essere sempre radicata in un solo Paese. Ma ritratta (*rectius*: si tratta n.d.r.) appunto di una nozione di origine che è stabilita, per il funzionamento del codice doganale comunitario, non già per la tutela dei consumatori dalle frodi e dei produttori dalla illecita concorrenza.

Si può quindi concludere che, richiamando la nozione europea di origine l'art. 4, comma 49, della legge n. 350/2003 non ha modificato la corretta interpretazione che si deve dare della origine o provenienza di un prodotto ai fini della tutela penale dell'ordine economico o della fede pubblica. Posto che a tali fini origine e provenienza sono funzionali alla qualità del prodotto, rileverà la derivazione territoriale o quella imprenditoriale secondo che la qualità del prodotto dipenda dall'ambito geografico o dalla tecnica produttiva in cui la merce nasce.

Così precisata la portata normativa della nuova disposizione, sembra doversi concludere che essa configura una nuova fattispecie di reato, che rinvia *quoad poenam* all'art. 517 c.p., ma che si distingue sia dalla vendita dei prodotti industriali con segni "mendaci" (*rectius* ingannevoli) di cui all'art. 517 c.p., sia dalla importazione e commercio di prodotti industriali con segni "falsi" (*rectius* contraffatti o alterati) di cui all'art. 474 c.p. In sintesi, la propensione casistica del nostro legislatore penale ha elaborato nella soggetta materia tre fattispecie penali, le quali non possono distinguersi tra loro che nel modo seguente:

a. il reato di cui all'art. 474 c.p. punisce la commercializzazione di prodotti industriali (oltre che di opere dell'ingegno) con marchi o segni distintivi contraffatti o alterati, e tutela propriamente la fede pubblica: la rubrica dell'articolo non è esatta

laddove menziona i segni "falsi", giacché vi possono essere segni distintivi falsi, in quanto non rispondenti alla realtà (per esempio una bottiglia di vino indica falsamente la sua provenienza toscana), senza che costituiscano contraffazione o alterazione di marchi preesistenti;

b. il reato di cui all'art. 517 c.p. punisce la commercializzazione di prodotti industriali (oltre che di opere dell'ingegno) con marchi o segni distintivi fallaci, cioè atti a trarre in inganno sulla origine, provenienza o qualità del prodotto, anche se i marchi non sono registrati o giuridicamente protetti come tali;

c. il reato di cui al comma 49 dell'art. 4 della legge n. 350/2003 punisce la commercializzazione di prodotti industriali ed agricoli con indicazione di origine o provenienza falsa, cioè non corrispondente alla realtà, oppure fallace, cioè atta a trarre in inganno sulla origine o provenienza medesima; e ciò anche se si tratta di indicazioni consistenti in segni distintivi, emblemi o denominazioni non registrati né giuridicamente riconosciuti.

Poiché la fattispecie di cui all'art. 517 ha carattere sussidiario, applicandosi espressamente solo se il fatto non è previsto come reato da altra disposizione di legge, bisognerebbe concludere che il suo specifico ambito di operatività è limitato alla commercializzazione con segni ingannevoli di opere dell'ingegno (letterarie, musicali, etc.). Per il resto è stata assorbita dalla nuova figura criminosa, che ha un'estensione più ampia sia per l'oggetto materiale (prodotti non solo industriali, ma anche agricoli) sia per la condotta (indicazione di segni distintivi falsi e non solo fallaci).

Com'è evidente, solo negli ultimi due reati assume rilevanza la provenienza, l'origine o la qualità del prodotto, trattandosi di reati contro l'ordine economico. Ma, come già osservato, dei tre elementi menzionati, quello che ha rilievo decisivo è la qualità, giacché provenienza e origine sono sempre in funzione della qualità.

In conclusione si può a questo punto osservare quanto segue, in linea con le considerazioni già svolte, nei seguenti paragrafi:

in genere, relativamente ai prodotti industriali la cui qualità dipende dalla affidabilità tecnica del produttore, per origine del prodotto deve intendersi la sua origine imprenditoriale, cioè la sua fabbricazione da parte di un imprenditore che assume la responsabilità giuridica, economica e tecnica del processo produttivo;

invece, relativamente ai prodotti agricoli o alimentari che sono identificabili in relazione all'origine geografica, la cui qualità dipende essenzialmente dall'ambiente naturale e umano in cui sono coltivati, trasformati e prodotti, per origine del prodotto deve intendersi propriamente la sua origine geografica o territoriale.

Applicando i principi enucleati dalla Suprema Corte al caso in esame si rileva che:

a. dalla documentazione prodotta emerge che il prodotto per cui è causa – e cioè una borsa in plastica utilizzata come accessorio per le biciclette – non può considerarsi di "provenienza" della Cina in quanto si tratta di oggetto la cui qualità dipende dalla origine imprenditoriale dello stesso ovvero dal produttore italiano che commercializza tale oggetto e che si è avvalso della c.d. delocalizzazione per la sua produzione;

b. l'etichetta e la confezione oggetto di contestazione contengono le indicazioni che obbligatoriamente, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 126 del 10 aprile 1991 e del dlgs n. 475/92 sono prescritte dal legislatore ai fini della corretta rintracciabilità del prodotto.

Ne consegue che dalle confezioni e dall'etichettatura non emerge alcun elemento che possa indurre in inganno il compratore sull'origine e sulla provenienza del prodotto ma solo le indicazioni prescritte dalle norme di legge sopra indicate. Si rileva inoltre che le etichette oggetto di contestazione non riportano alcuna dicitura "made in Italy" che avrebbe potuto trarre in inganno il consumatore finale sul luogo di produzione ma solo ed esclusivamente l'indicazione del produttore.

Inoltre è da evidenziare che nel caso in esame si tratta di un prodotto la cui qualità dipende dalla identità del produttore e non dall'ambiente geografico di produzione atteso che le borse in plastica importate non recano alcuna falsa o fallace indicazione sull'origine imprenditoriale, l'unica rilevante per la qualità dei prodotti come affermato dalla giurisprudenza della Suprema Corte, ma al contrario contengono l'indicazione sull'identità del prodotto e sulla nazionalità del medesimo, a nulla rilevando che non sia indicato il luogo di fabbricazione giacché le borse in plastica in oggetto non sono identificabili in relazione all'origine geografica trattandosi di semplici accessori per biciclette la cui qualità è assicurata dalla materia prima usata e dalla tecnica produttiva e non certo dall'ambiente territoriale ove il processo produttivo si svolge.

Conclusivamente non integra il reato di cui all'art. 4, comma 49 della legge n. 350/2003 (legge finanziaria 2004) la condotta dell'odierno imputato il quale ha apposto sugli articoli industriali, prodotti all'estero da una ditta avente sede in Cina per conto dell'imputato - nella sua qualità di imprenditore - e successivamente importate in Italia, l'etichetta recante la dicitura "R.M.S. Spa 2030 Bovisio Masciago (MI) Italy - via Napoli, 37, Tel. (0362) 559055 - fax (0362) 593978 - Internet www.rms.it e-mail: info@rms.it.

Sebbene le suddette indicazioni non siano idonee ad indicare il luogo di effettiva fabbricazione della merce, cionondimeno esse sono in grado di identificare il nome e la nazionalità del produttore, che è il soggetto garante e responsabile del prodotto finale. In tal modo non si verifica alcuna lesione del bene tutelato dalla norma incriminatrice, che coincide con l'interesse del consumatore a non essere ingannato sulla qualità e provenienza della merce.

Ne consegue che l'odierno imputato deve essere assolto ex art. 530 c.p.p. dal reato a lui ascritto perché il fatto non sussiste.

(Omissis)

TUTELA DEL «MADE IN ITALY» E ORIGINE DEL PRODOTTO INDUSTRIALE

La sentenza in commento si inserisce nella scia oramai sempre più nutrita delle sentenze emesse dal Giudice penale in tema di tutela del «Made in Italy» che, prima del 2004, trovava la sua normativa di riferimento nell'Accordo sulla repressione delle false o ingannevoli indicazioni di provenienza del 14 aprile 1891, c.d. Accordo di Madrid, riveduto a Lisbona il 31 ottobre 1958 ed attuato in Italia con d.p.r. 26 febbraio 1968 n. 656.

L'Accordo si occupa principalmente di tutelare il consumatore, evitando che quest'ultimo possa essere tratto in inganno circa la provenienza effettiva del prodotto acquistato, stabilendo che «le merci per le quali vi sia il fondato sospetto che rechino una falsa o fallace indicazione di provenienza sono soggette a fermo all'atto della loro introduzione nel territorio della Repubblica, a cura dei competenti uffici doganali che ne danno immediata notizia all'autorità giudiziaria e agli interessati».

Sebbene questo Accordo faccia riferimento solo alle indicazioni di provenienza, un orientamento interpretativo ormai consolidato lo applicava anche all'origine dei prodotti importati, di talché molte volte le autorità doganali ricorrevano a questo strumento per fermare, all'atto di importazione, merci che potessero rientrare nel divieto, provvedendo poi a redigere una notizia di reato a carico degli importatori, indicando principalmente quale norma violata l'art. 517 c.p.

Per colmare questa lacuna il legislatore, al fine di tutelare la produzione nazionale (e quindi il c.d. «made in Italy») dalla concorrenza, sempre più pressante, di Paesi stranieri, ha introdotto, con la legge n. 350 del 24 dicembre 2003 (la Finanziaria per il 2004) l'art. 4, comma 49, successivamente modificato dal d.l. n. 35 del 14 marzo 2005 e dal d.l. n. 203 del 30 settembre 2005¹.

¹ «L'importazione o l'esportazione a fini di commercializzazione ovvero la commercializzazione o la commissione di atti diretti in modo non equivoco alla commercializzazione di prodotti recanti false o fallaci indicazioni di provenienza o di origine costituisce reato ed è punita ai sensi dell'art. 517 del codice penale. Costituisce falsa indicazione la stampigliatura "made in Italy" su

È questa la norma che il giudice penale genovese è stato nella specie chiamato ad applicare, nel caso di una società italiana che aveva importato accessori per biciclette, originari della Repubblica Popolare Cinese che, sulla confezione esterna, recavano l'indicazione della ragione sociale e della sede legale in Italia, senza alcuna indicazione del luogo di fabbricazione della merce.

Secondo l'imputazione formulata dalla Procura di Genova l'importazione di detta merce, sulla quale non era presente la dicitura «Made in Italy» ma recante, sulla confezione, l'indirizzo della sede legale dell'importatore, poteva rientrare nel divieto di importazione di prodotto con fallace indicazione in ordine all'origine, previsto dall'art. 4, comma 49, legge n. 350/2003 (*ante* riforma legge n. 296/06).

Il Tribunale di Genova, in composizione monocratica, ha deciso il caso, richiamando l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione a partire dalla sentenza n. 2500 del 7 luglio 1999 – ud. 26 agosto 1999, imp. *Thum*, nonché Cass., sez. III, n. 1263 del 2 febbraio 2005, ud. 21 ottobre 2004, ric. *Fro s.r.l.*, secondo cui, per accertare l'origine di prodotti industriali (e non agricoli), al fine di valutare l'eventuale commissione del reato ex art. 4 comma 49 della legge n. 350/03, occorre far riferimento non all'origine in senso geografico ma all'origine imprenditoriale del prodotto, con riferimento alla fabbricazione da parte di un determinato produttore, il quale, coordinando giuridicamente, economicamente e tecnicamente il processo produttivo, assicura la qualità del prodotto.

Per ragioni di completezza, va rilevato che il giudice genovese ha ommesso di citare la sentenza più recente emessa dalla Corte di cassazione in tema di origine, e segnatamente la sentenza 15 marzo – 12 luglio 2007 n. 27250 la quale, nel pronunciarsi in materia di prodotti agroalimentari c.d. generici – cioè non coperti da «denominazione di origine protetta» (DOP) o «indicazione geografica protetta» (IGP) sui quali era stata apposta la dicitura «Made in Italy» (fattispecie, questa, completamente diversa da quella oggetto del procedimento penale e da qui, verosimilmente, la ragione dell'omissione) ha tuttavia ripercorso la giurisprudenza di legittimità in tema di origine ex art. 517 c.p. e legge n. 350/03, ribadendo il principio secondo cui, nel momento in cui un operatore appone la dicitura «Made in Italy» sui prodotti importati, occorre verificare la veridicità dell'affermazione sulla base delle regole dell'origine dettate dal Codice Doganale Comunitario (Regolamento Cee n. 2913/92) di cui agli artt. 23 e 24 di detto Codice Doganale Comunitario.

Ritornando alla sentenza qui in commento, osserviamo che il Tribunale genovese prosegue affermando che ciò che conta per l'ordine economico, alla

prodotti e merci non originari dall'Italia ai sensi della normativa europea sull'origine; costituisce fallace indicazione, anche qualora sia indicata l'origine o la provenienza estera dei prodotti o delle merci, l'uso di segni, figure, o quant'altro possa indurre il consumatore a ritenere che il prodotto o la merce sia di origine italiana (...)).

cui tutela è preposto, oltre che l'art. 517 c.p., anche l'art. 4, comma 49, legge n. 350/2003, è la qualità del prodotto rispetto al quale l'«origine» è solo un elemento funzionale.

Pertanto, secondo il giudice penale, la mera indicazione dei riferimenti del produttore, seppure non accompagnata dalla precisa indicazione del luogo di produzione, non costituisce alcuna fallace indicazione che possa trarre in inganno il consumatore sull'origine del prodotto, giacché in questo caso la qualità del prodotto non dipende dall'area geografica ove si svolge materialmente il processo produttivo, ma dalla materia prima e dalla tecnica produttiva utilizzata.

Nel caso di specie il giudice ha accertato che la merce importata (borsa in plastica utilizzata come accessorio per biciclette) potesse essere riconducibile, come origine, all'imprenditore italiano che si era avvalso della c.d. delocalizzazione per la propria produzione e che l'etichetta e la confezione contenevano le indicazioni che obbligatoriamente la legge sulla tutela del consumatore (in questo caso l'art. 1 della legge n. 126/91 e dlgs n. 475/92) imponeva di apporre e cioè il nome e la sede legale del produttore.

Il giudice genovese ha quindi concluso che non costituisce condotta punibile ex art. 4, comma 49, legge n. 350/03 l'importazione ad opera di un imprenditore italiano, di prodotti industriali (nella specie accessori per biciclette) sulla cui confezione è indicato esclusivamente il nome del produttore italiano ed il luogo della sede legale, quali prescrizioni imposte dall'art. 1 della legge n. 126 del 10 aprile 1991 e del dlgs n. 475/92, senza apposizione della dicitura «Made in Italy» e senza altra indicazione del luogo di origine.

A corollario delle esperienze giurisprudenziali maturate si può quindi concludere, con riferimento ai *prodotti industriali*, che, se questi recano la mera indicazione del nominativo e della sede del produttore italiano, per verificare la sussistenza del reato ex art. 517 c.p., ovvero ex art. 4, comma 49, legge n. 350/2003, occorre fare riferimento all'origine "imprenditoriale" e non geografica del prodotto. Se, invece, unitamente a dette indicazioni, oppure da sola, risulta apposta la dicitura «Made in Italy», occorre verificare se sono state rispettate le regole sull'origine dettate dalla normativa comunitaria e cioè dal Regolamento Cee n. 2913/92 (istitutivo del Codice Doganale Comunitario) e dalle relative disposizioni di attuazione (Regolamento Cee n. 2454/93).

Valeria Fontana*

* Avvocato / Foro di Milano.

**APPROVAZIONE DEL TERZO PACCHETTO:
VERSO LA LIBERALIZZAZIONE DEL TRASPORTO FERROVIARIO
NELL'UNIONE EUROPEA**

Regolamento (Ce) n. 1371/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario

Direttiva 2007/58/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 che modifica la direttiva 91/440/Cee del Consiglio relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie e la direttiva 2001/14/Ce relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria

Direttiva n. 2007/59/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 relativa alla certificazione dei macchinisti addetti alla guida di locomotori e treni sul sistema ferroviario della Comunità*

* I tre provvedimenti sopra citati, dei quali si omette la pubblicazione, costituiscono il c.d. "Terzo Pacchetto Ferroviario" e sono tutti riportati nella *Gu-Ue* n. L 315 del 3 dicembre 2007, rispettivamente a p. 14 ss., p. 44 ss. e p. 51 ss. I testi integrali sono reperibili sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm> (*n.d.r.*). In argomento v. *infra*, p. 825 ss., il commento di *LUCIO LANUCARA*.

IL CONTESTO NORMATIVO COMUNITARIO NEL SETTORE FERROVIARIO A SEGUITO DELL'APPROVAZIONE DEL TERZO PACCHETTO FERROVIARIO*

Sommario: *Premesse - I. La regolamentazione del trasporto ferroviario a partire dagli anni Novanta in ambito comunitario e nazionale - 1. I primi passi della normativa comunitaria in materia di trasporto ferroviario - 2. Recepimento in Italia della disciplina comunitaria adottata negli anni Novanta - II. Evoluzione normativa nel primo decennio del Duemila: l'era dei Pacchetti Ferroviari - 1. Primo e Secondo Pacchetto Ferroviario - 2. Recepimento in Italia dei primi due Pacchetti Ferroviari - a. Il dlgs n. 188/2003: il rapporto fra lo Stato ed il Gestore dell'infrastruttura ferroviaria e la disciplina dell'accesso all'infrastruttura ferroviaria - b. La certificazione e la documentazione necessarie per l'accesso all'infrastruttura nel decreto - c. Regole relative all'assegnazione delle tracce orarie ed alla fornitura di servizi - d. Recepimento del Secondo Pacchetto Ferroviario in Italia - III. Il Terzo Pacchetto Ferroviario - 1. Il processo di approvazione del Terzo Pacchetto - 2. Brevi cenni sul contenuto delle specifiche misure normative costituenti il Terzo Pacchetto - a. Il regolamento sui diritti dei passeggeri - b. La direttiva di liberalizzazione del trasporto internazionale di passeggeri - c. La direttiva sulla patente europea dei macchinisti - IV. La regolamentazione dei servizi pubblici - 1. Disciplina comunitaria: il regolamento n. 1191/69 ed il nuovo regolamento n. 1370/2007 - V. Normativa di armonizzazione tecnica: interoperabilità, sicurezza, patente dei macchinisti - VI. La normativa internazionale settoriale: la Convenzione intergovernativa COTIF - VII. Ultimi sviluppi - VIII. Conclusioni.*

Premesse

Con la pubblicazione, nel dicembre 2007, del c.d. Terzo Pacchetto Ferroviario¹, le istituzioni comunitarie hanno segnato un passo fondamentale verso

* L'Autore precisa che le considerazioni espresse nel presente lavoro hanno natura strettamente personale. Si ringraziano per la preziosa assistenza l'Avv. Paola Goi ed il Dott. Marcello Luca, così come tutti i colleghi che hanno avuto la pazienza di leggere le bozze del presente lavoro e la cortesia di fornire importanti suggerimenti.

¹ Atti pubblicati in *Gu-Ue* n. L 315 del 3 dicembre 2007:

- regolamento (Ce) n. 1371/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario, che abroga i regolamenti del Consiglio (Cee) n. 1169/69 e (Cee) n. 1107/70;

il processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario nell'Unione europea. Grazie agli atti compresi in tale "Terzo Pacchetto" è stata aggiunta alla liberalizzazione del trasporto ferroviario di merci – già completata a partire dal 1° gennaio 2007 secondo le previsioni del Secondo Pacchetto ferroviario² – la liberalizzazione del trasporto ferroviario internazionale di passeggeri, fissata al 1° gennaio 2010³.

Pur riconoscendo la rilevanza di tale risultato, va rilevato che il processo di liberalizzazione non è ad oggi completato, sia perché non è stato possibile sciogliere il nodo, politicamente critico, della liberalizzazione del trasporto nazionale di passeggeri, sia perché va completata l'armonizzazione tecnica, complementare al processo di liberalizzazione formale⁴.

E, infine, ancora irrisolta la questione della convivenza fra l'impianto normativo comunitario e quello della COTIF⁵, convenzione internazionale che da tempo regola il traffico internazionale, non solo interno all'Unione europea, ma in un ambito che arriva sino all'Africa settentrionale ed al Medio Oriente, attraverso l'Europa orientale.

Lo scopo del presente lavoro è di proporre una lettura organica della cornice normativa comunitaria relativa al trasporto ferroviario, che possa costituire un utile punto di riferimento per una visione d'insieme dalla disciplina comunitaria sviluppatasi dai primi anni Novanta sino al più recente Terzo Pacchetto ferroviario e del risultante quadro di riferimento delle principali norme di recepimento italiane. Data la scelta sistematica e la necessità di ragionevole sintesi, esula dal campo di questo studio un'analisi completa delle

- Direttiva n. 2007/58/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, che modifica la direttiva n. 91/440/Cee del Consiglio relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie e la direttiva n. 2001/14/Cee relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria;

- Direttiva n. 2007/59/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativa alla certificazione dei macchinisti addetti alla guida di locomotori e treni sul sistema ferroviario della Comunità.

² Atti pubblicati in *Gu-Ue* n. L 164 del 30 aprile 2004:

- Direttiva n. 2004/51/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 che modifica la direttiva n. 91/440/Cee relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie;

- Direttiva n. 2004/50/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 che modifica la direttiva n. 96/48/Ce del Consiglio relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario transeuropeo ad alta velocità e la direttiva n. 2001/16/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario transeuropeo convenzionale;

- Direttiva n. 2004/49/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa alla sicurezza delle ferrovie comunitarie e recante modifica della direttiva n. 95/18/Ce del Consiglio relativa alle licenze delle imprese ferroviarie e della direttiva n. 2001/14/Ce relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria, all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e alla certificazione di sicurezza;

- regolamento (Ce) n. 881/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 che istituisce un'Agenzia ferroviaria europea.

³ Art. 10, par. 3 *bis* della direttiva n. 2007/58/Ce.

⁴ Cfr. sezione V.

⁵ COTIF - Convenzione relativa ai trasporti internazionali ferroviari firmata a Berna il 9 maggio 1980, come modificata dal Protocollo di Vilnius del 3 giugno 1999.

numerose problematiche interpretative ed applicative che ciascuna delle misure normative esaminate comporta e che potrà essere rinviata a successivi, più analitici, studi su specifiche aree della normativa ferroviaria.

I. La regolamentazione del trasporto ferroviario a partire dagli anni Novanta in ambito comunitario e nazionale

1. I PRIMI PASSI DELLA NORMATIVA COMUNITARIA IN MATERIA DI TRASPORTO FERROVIARIO

La politica dei trasporti trova, nell'ambito del Trattato di Roma del 1957, una propria specifica disciplina al Titolo V (già Titolo IV) che, in particolare all'art. 71 (già art. 75), nel lasciare al Consiglio la facoltà di legiferare «tenuto conto degli aspetti peculiari dei trasporti»⁶, prevede non di meno un'amplessissima potestà legislativa⁷. Nel settore ferroviario, caratterizzato da una quota particolarmente elevata di traffico interno ai singoli Stati membri, i tempi dell'intervento comunitario sono stati più tardivi che in altri settori dei trasporti.

L'attuale assetto normativo comunitario del sistema ferroviario è, infatti, il risultato di una graduale riforma avviata meno di vent'anni fa con l'adozione della direttiva n. 91/440/Cee, che prevedeva *i.* una chiara separazione del sistema ferroviario dallo Stato e – all'interno del sistema ferroviario – delle attività di trasporto da quelle di gestione dell'infrastruttura; *ii.* regole per il risanamento finanziario delle ferrovie; *iii.* un primo nucleo di liberalizzazione dell'accesso all'infrastruttura ferroviaria⁸.

A tale primo intervento facevano seguito, nello stesso decennio, le direttive n. 95/18/Ce⁹ e n. 95/19/Ce¹⁰, con le quali veniva definitivamente delineato un assetto che faceva uscire le imprese ferroviarie comunitarie dalla tradizionale configurazione di pubbliche amministrazioni od enti pubblici concessionari, per riconfigurarle come società gestite secondo criteri di efficienza e trasparenza, tenute a rispettare requisiti tecnici in grado di portare al rilascio di una licenza (valida nell'intero territorio dell'Unione europea) e di un certi-

⁶ Art. 71, comma 1 del Trattato.

⁷ La lista di aree di regolamentazione dei trasporti di cui al comma 1 dell'art. 75 si conclude infatti, alla lett. *d.*, con «ogni altra utile disposizione».

⁸ La direttiva in esame, con le successive modifiche, rappresenta la normativa di riferimento dell'intero impianto della disciplina del diritto ferroviario comunitario. Per una più ampia riflessione sulla versione originaria della direttiva n. 91/440/Cee, si veda G. BERNINI - G. NUZZI, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario: situazione pregressa, realtà attuale e prospettive future alla luce dell'evoluzione normativa a livello comunitario e nazionale*, in G. SCIUTTO (a cura di), *Evoluzione e attuazione della liberalizzazione del trasporto pubblico*, Genova, Edizioni Sciro, 2003.

⁹ Direttiva n. 95/18/Ce del Consiglio, del 19 giugno 1995, relativa alle licenze delle imprese ferroviarie, in *Guce* n. L 143 del 27 giugno 1995.

¹⁰ Direttiva n. 95/19/Ce del Consiglio, del 19 giugno 1995, riguardante la ripartizione delle capacità di infrastruttura ferroviaria e la riscossione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura, in *Guce* n. L 143 del 27 giugno 1995.

ficato di sicurezza (specifico in ciascun Paese), per accedere all'infrastruttura, in un contesto di separazione fra impresa ferroviaria e gestore dell'infrastruttura, oltre che d'indipendenza dallo Stato¹¹.

L'assetto regolatorio veniva integrato dalla direttiva n. 96/48/Ce¹², con la quale si delineava, inizialmente solo per il sistema ferroviario ad alta velocità, un impianto normativo che garantisse lo sviluppo di quell'interoperabilità indispensabile perché la nascente liberalizzazione formale potesse divenire effettiva.

L'impianto succintamente descritto, se da un lato – in particolare con l'indipendenza dallo Stato, la separazione fra attività di gestione dell'infrastruttura ed attività di trasporto e l'introduzione di un sistema di licenza ferroviaria – creava le condizioni perché l'accesso all'infrastruttura nei vari Paesi fosse consentito anche a soggetti diversi dagli *incumbent* storici, d'altra parte non imponeva di per sé tale liberalizzazione. La direttiva n. 91/440/Cee garantiva, infatti, nella versione originaria, l'accesso all'infrastruttura di altri Paesi solo per il traffico combinato internazionale e, sempre per il traffico internazionale, nel caso delle associazioni internazionali d'impresa¹³ (costituite da imprese ferroviarie di due Paesi interessati ad un certo traffico internazionale). Ben poteva, invece, essere perpetuato – con le eccezioni suddette – un sistema di esclusiva in capo all'*incumbent* di mano pubblica.

In conclusione, la prima produzione normativa comunitaria nel settore ferroviario fu mirata essenzialmente alla riorganizzazione ed all'efficientamento del mondo ferroviario, accompagnandone la de-pubblicizzazione, ovvero la trasformazione da pubblica amministrazione a società di regime privatistico, seppur di mano pubblica. Data la complessità di tale compito, non è sorprendente la scelta di lasciare inizialmente ai singoli Stati membri la valutazione sulla possibilità di introdurre altresì una effettiva liberalizzazione dell'accesso all'infrastruttura.

2. RECEPIMENTO IN ITALIA DELLA DISCIPLINA COMUNITARIA ADOTTATA NEGLI ANNI NOVANTA

In Italia, il recepimento della normativa comunitaria adottata negli anni Novanta si è inizialmente mosso a rilento con l'adozione, solo alla fine degli

¹¹ Le due direttive hanno avuto essenzialmente una funzione di chiarimento della disciplina della direttiva n. 91/440/Cee. In particolare, la direttiva n. 95/18/Ce ha principalmente chiarito quali sono i soggetti ai quali è possibile riconoscere il diritto di accesso e quali sono i requisiti per il rilascio della licenza ferroviaria, mentre la direttiva n. 95/19/Ce ha previsto la necessità che vi sia un organo preposto all'assegnazione della capacità, introdotto l'obbligo di munirsi di un apposito certificato di sicurezza e previsto l'obbligo di equilibrio economico dei conti del gestore dell'infrastruttura ferroviaria.

¹² Direttiva n. 96/48/Ce del Consiglio del 23 luglio 1996 relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario transeuropeo ad alta velocità, in *Guce* n. L 235 del 17 settembre 1996.

¹³ Si precisa, in proposito, che non è mai stato in concreto utilizzato il diritto di accesso per le associazioni internazionali di imprese nelle tratte interessate, anche in ragione del divieto di cabotaggio, ovvero limitatamente al c.d. *point-to-point* internazionale, difficilmente remunerativo.

anni Novanta, dei dpr n. 277/98¹⁴ e n. 146/99¹⁵, per poi conoscere una notevole accelerazione che ha portato, fra il 2000 ed il 2001, ad una liberalizzazione estremamente accentuata dell'accesso all'infrastruttura ferroviaria, nonché alla separazione societaria fra impresa ferroviaria e gestore dell'infrastruttura.

I decreti del Presidente della Repubblica del 1998 e del 1999, giunti al termine di numerosi richiami da parte delle istituzioni comunitarie¹⁶, si limitavano a recepire pedissequamente l'assetto imposto dalle direttive n. 91/440/Cee, n. 95/18/Ce e n. 95/19/Ce, mentre i servizi di interesse regionale venivano regolati nell'ambito del dlgo n. 422/97¹⁷, che superava il precedente regime di concessione a Ferrovie dello Stato SpA ed alle varie imprese ferroviarie di proprietà regionale, prevedendo la possibilità di affidare l'effettuazione dei servizi regionali tramite procedure concorrenziali.

Un momento di fondamentale svolta fu rappresentato dalla legge finanziaria per il 2001¹⁸, nell'ambito della quale, all'art. 131, veniva soppresso il monopolio delle Ferrovie dello Stato per tutti i servizi merci e passeggeri¹⁹, con una netta scelta di liberalizzazione, coerente con quanto avvenuto nello stesso periodo in Italia anche per altre industrie a rete in corso di regolazione comunitaria²⁰.

¹⁴ Dpr n. 277 del 8 luglio 1998 - Regolamento recante norme di attuazione della direttiva 91/440/Cee relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie, in *Guri* n. 18 del 12 agosto 1998.

¹⁵ Dpr n. 146 del 16 marzo 1999 - Regolamento recante norme di attuazione della direttiva n. 95/18/Ce, relativa alle licenze delle imprese ferroviarie e della direttiva n. 95/19/Ce, relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e alla riscossione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura, in *Guri* n. 119 del 24 maggio 1999.

¹⁶ La XIV Commissione permanente sulle politiche dell'UE il 13 maggio 1998 ha ritenuto di non disporre di informazioni che le consentissero di concludere che l'Italia ha adottato le disposizioni necessarie per l'attuazione dell'art. 10 della direttiva n. 91/440/Cee. Tale articolo prevede il diritto delle associazioni internazionali di imprese ferroviarie di prestare servizi internazionali tra gli Stati membri in cui sono stabilite le imprese che costituiscono l'associazione, nonché il diritto delle imprese ferroviarie di fornire servizi di trasporti combinati internazionali di merci.

Conseguentemente la Commissione, dopo aver posto il Governo italiano in condizione di presentare le proprie osservazioni, ha avviato una procedura d'infrazione attraverso l'adozione di un parere motivato in data 21 maggio 1997, con il quale si fa constatare l'inadempimento dello Stato italiano all'obbligo di dare attuazione all'art. 10 della direttiva n. 91/440/Cee, nel termine dalla stessa previsto.

Poiché l'Italia non ha adottato le misure per conformarsi al parere motivato entro i previsti due mesi dalla ratifica è stato predisposto ricorso, ai sensi dell'art. 169 del Trattato CE, dinanzi alla Corte di giustizia. Tale ricorso non ha avuto seguito per il recepimento nel dpr n. 277/98 di cui alla nota precedente.

¹⁷ Dlgo n. 422 del 19 novembre 1997, Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'art. 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59, in *Guri* n. 287 del 10 dicembre 1997.

¹⁸ Legge n. 388 del 23 dicembre 2000, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, in *Guri* n. 302 del 29 dicembre 2000.

¹⁹ Il comma 1 dell'art. 131 ha, in realtà, una formulazione tutt'altro che chiara. Ogni eventuale incertezza interpretativa è, in ogni caso superata dalla esplicita liberalizzazione – salvo reciprocità – prevista, come si vedrà oltre, dal dlgo n. 188/2003.

²⁰ Si pensi, in particolare, all'energia elettrica ed al gas, oggetto rispettivamente del dlgo n. 70/1999 e del dlgo n. 164/2000.

Nell'intraprendere tale coraggiosa scelta liberalizzatrice il legislatore ha, peraltro, correttamente inserito una clausola di tutela, destinata ad evitare che imprese di Paesi con politiche dei trasporti ferroviari maggiormente protezionistiche potessero aggredire il mercato italiano sfruttando la rendita derivante da posizioni di monopolio nei propri Paesi d'origine²¹. Si tratta dell'introduzione, nello stesso art. 131, comma 1, del principio della reciprocità, attuata prevedendo, quale ulteriore requisito per l'accesso all'infrastruttura, il rilascio, da parte del competente Ministero, di un "titolo autorizzatorio" che, nel caso di imprese ferroviarie estere o loro controllate (anche italiane), è rilasciato a condizioni di reciprocità.

A tale "salto" nella regolamentazione del settore ferroviario in Italia non poteva non accompagnarsi una profonda trasformazione dell'assetto delle Ferrovie dello Stato²² che, infatti, vedevano la nascita, nel 2000, di Trenitalia SpA come impresa di trasporto ferroviario dotata di licenza²³ e, nel 2001, di Rete Ferroviaria Italiana SpA²⁴, concessionaria della gestione dell'infrastruttura ferroviaria. Secondo l'assetto societario ancor oggi vigente, entrambi i soggetti così costituiti sono controllati a loro volta dalla *holding* di gruppo Ferrovie dello Stato SpA.

Si veniva così a costituire un assetto pienamente funzionale a quella necessità di chiara distinzione dei ruoli connaturata al funzionamento di un mercato effettivamente concorrenziale, secondo la via scelta dal legislatore italiano nel 2000. Da rilevare, peraltro, che la scelta di separare societariamente, nell'ambito del Gruppo FS, l'impresa di trasporto ferroviario dal gestore dell'infrastruttura (sebbene criticata da alcuni osservatori nazionali – fra cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato²⁵ – come insufficiente) andava anch'essa al di là di quanto imposto dalla normativa comunitaria, che prevedeva la semplice separazione organizzativa e contabile, anche all'interno di un unico soggetto societario.

²¹ Ciò ha impedito che potessero ripetersi casi come quello di Edison, scalata nel 2001 dalla francese EDF, con opposizione del Governo italiano in ragione della mancanza di reciprocità con la Francia. Inizialmente il Governo italiano reagì imponendo una limitazione al potere di voto di EDF. Al termine di una complessa vicenda, che ha visto il coinvolgimento anche della Commissione europea, la vicenda ha trovato una definitiva risoluzione nel 2005.

²² Il sistema ferroviario italiano è stato nazionalizzato nel 1905 con la creazione dell'Azienda Autonoma delle Ferrovie dello Stato alle dipendenze prima del Ministero dei Lavori pubblici e, dal 1924, del Ministero delle Comunicazioni. Dal 1° gennaio 1986, a seguito della legge n. 210 del 17 maggio 1985 «Istituzione dell'Ente Ferrovie dello Stato», in *Guri* n. 126 del 30 maggio 1985, l'Azienda è diventata ente pubblico economico, meno dipendente dal Ministero dei Trasporti e con un proprio Consiglio d'amministrazione e un proprio Presidente. Con la delibera CIPE dell'8 agosto 1992 l'Ente Ferrovie dello Stato si trasforma in SpA.

²³ Licenza n.1, rilasciata dal Ministero dei Trasporti e titolo autorizzatorio con dm 73 T del 23 maggio 2000.

²⁴ In qualità di gestore dell'infrastruttura ferroviaria, RFI garantisce la realizzazione e la manutenzione della stessa rete, il controllo sulla sicurezza della circolazione, l'accesso non discriminatorio da parte delle varie imprese ferroviarie tramite il sistema di commercializzazione ed assegnazione delle tracce orarie, come da concessione rilasciata con dm 138/T/2001.

²⁵ Segnalazione AS265, in *Boll.* n. 32/2003.

II. Evoluzione normativa nel primo decennio del Duemila: l'era dei Pacchetti Ferroviari

1. PRIMO E SECONDO PACCHETTO FERROVIARIO

La disciplina configuratasi con la legge finanziaria per il 2001 anticipava di poco, per il settore merci, quanto sarebbe avvenuto a livello di disciplina comunitaria fra il 2001 ed il 2004.

Nel 2001, infatti, nell'ambito del "Primo Pacchetto" ferroviario²⁶, la direttiva n. 2001/12/Ce disponeva la liberalizzazione del trasporto merci internazionale sulla rete TERFN²⁷ e sull'intera rete a partire dal 2008²⁸. Nell'ambito del Secondo Pacchetto ferroviario, invece, la direttiva n. 2004/51/Ce portava alla piena liberalizzazione del trasporto merci entro il 1° gennaio 2007²⁹.

Tali disposizioni si inscrivevano in due blocchi di interventi normativi di grande rilevanza per quanto riguarda sia l'accesso all'infrastruttura ferroviaria sia la sicurezza e l'interoperabilità. Nella prima parte dell'attuale decennio la normativa di liberalizzazione del settore ferroviario ha, infatti, conosciuto una forte accelerazione, con l'emanazione di ben due Pacchetti Ferroviari, il primo – del 2001 – inerente soprattutto all'infrastruttura ferroviaria ed il secondo – del 2004 – incentrato, invece, sul trasporto e sulla sicurezza ed interoperabilità.

Con il Primo Pacchetto – costituito dalla proposta di direttiva che modifica la direttiva n. 91/440/Cee e dalle proposte di direttive intese a sostituire le direttive n. 95/18/Ce e n. 95/19/Ce – avviato sulla base di rilievi mossi all'impianto normativo comunitario dell'epoca nel Libro Bianco del 1996³⁰, oltre ad inserire norme volte ad avviare la liberalizzazione del trasporto merci, si garantivano norme eque d'accesso, di tariffazione per l'utilizzo dell'infrastruttura nonché di ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria. Ciò si

²⁶ Atti pubblicati in *Guce* n. L 75 del 15 marzo 2001:

- Direttiva n. 2001/12/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2001, che modifica la direttiva n. 91/440/Cee del Consiglio relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie;

- Direttiva n. 2001/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2001, che modifica la direttiva n. 95/18/Ce del Consiglio relativa alle licenze delle imprese ferroviarie;

- Direttiva n. 2001/14/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2001, relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria, all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e alla certificazione di sicurezza.

²⁷ Il primo pacchetto ferroviario ha lo scopo di ridare vitalità alle ferrovie europee creando condizioni favorevoli allo sviluppo di un sistema ferroviario dinamico, competitivo e incentrato sulle esigenze degli utenti. Esso definisce una rete ferroviaria transeuropea per il trasporto di merci (TERFN, ora TEN) che consente l'accesso, per il trasporto internazionale di merci nella Comunità, alle imprese ferroviarie dell'UE, alle condizioni stabilite dalle direttive.

²⁸ Art. 1, che modificava l'art. 10 della direttiva n. 91/440/Cee.

²⁹ Ai sensi dell'art. 1 della direttiva, che modificava l'art. 10 della direttiva n. 91/440/Cee, il trasporto internazionale veniva liberalizzato dal 2006, mentre dal 2008 interveniva la piena liberalizzazione del trasporto di merci.

³⁰ Libro Bianco della Commissione «Una strategia di rilancio delle ferrovie comunitarie» (Com(96)0421 - C4-0452/96) e sulla Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni «Superstrade ferroviarie transeuropee per il trasporto merci» (Com(97)0242 - C4-0269/97).

ottenere, in particolare, imponendo la netta distinzione fra i soggetti che determinano le regole del mercato e gli operatori; ribadendo che le operazioni di trasporto sono appannaggio delle imprese ferroviarie, mentre il gestore (o la struttura che gestisce l'infrastruttura in caso di mancata separazione societaria) deve sviluppare l'infrastruttura ed assicurarne un accesso equo. Altre rilevanti novità caratteristiche del Primo Pacchetto erano, inoltre, la previsione di nuovi soggetti legittimati ad entrare nel processo di accesso alla rete (ovvero i c.d. "richiedenti autorizzati", soggetti interessati all'acquisizione di tracce pur non essendo imprese ferroviarie³¹) e l'introduzione di organismi pubblici demandati alla regolamentazione del mercato ferroviario, regolando le controversie sorgenti fra gestori dell'infrastruttura ed imprese ferroviarie³².

Contemporaneamente all'approvazione del Primo Pacchetto, veniva completata la disciplina relativa all'interoperabilità, con l'adozione della direttiva n. 2001/16/Ce³³, che sostanzialmente riproponeva per i sistemi ferroviari convenzionali gli stessi principi previsti dalla direttiva n. 96/48/Ce per i sistemi ad alta velocità³⁴.

Con il Secondo Pacchetto, oltre al già citato completamento della liberalizzazione del trasporto merci, prevista dalla direttiva n. 2004/51/Ce³⁵, venivano stabilite regole di fondamentale importanza in materia di interoperabilità e sicurezza. In particolare, con la direttiva n. 2004/49/Ce venivano stabilite regole in materia di *standard* di sicurezza e certificati di sicurezza, indagini in caso di incidenti e competenze delle costituenti agenzie ferroviarie nazionali della sicurezza³⁶. Veniva poi istituita, con il regolamento (Ce) 881/2004³⁷, l'Agenzia Ferroviaria Europea (ERA), cui erano trasferite importanti competenze in materia di interoperabilità³⁸. La direttiva n. 2004/50/Ce³⁹ apportava,

³¹ Va, peraltro, chiarito che i "richiedenti autorizzati" possono solo prenotare capacità nell'ambito di un accordo quadro, mentre l'acquisto delle tracce tramite contratto di accesso resta riservato alle sole imprese ferroviarie.

³² Art. 30 della direttiva n. 2001/14/Ce, cfr. *supra*, nota 26.

³³ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 marzo 2001 relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario convenzionale, in *Guce* n. L 110 del 20 aprile 2001.

³⁴ Cfr. *supra*, nota 12.

³⁵ Cfr. *supra*, nota 2.

³⁶ Cfr. *supra*, nota 2.

³⁷ Cfr. *supra*, nota 2.

³⁸ L'ERA assumeva, in particolare, il compito di «contribuire sul piano tecnico all'attuazione della normativa comunitaria finalizzata a migliorare la posizione concorrenziale del settore ferroviario potenziando il livello di interoperabilità dei sistemi ferroviari e a sviluppare un approccio comune in materia di sicurezza del sistema ferroviario europeo, nella prospettiva di concorrere alla realizzazione di uno spazio ferroviario europeo senza frontiere, in grado di garantire un elevato livello di sicurezza» (art. 1), in particolare attraverso l'emanazione di raccomandazioni e pareri (art. 2). Cfr. *supra*, nota 2. A partire dalla sua istituzione, l'Agenzia assumeva, in particolare, il ruolo principale nell'elaborazione delle STI, sino ad allora elaborate dalla European Association for Railway Interoperability, che dal 7 settembre 2006 ha trasferito all'ERA tutta la documentazione in suo possesso. V. sito dell'ERA, www.era.europa.eu.

³⁹ Cfr. *supra*, nota 1.

infine, alle due direttive in materia di interoperabilità⁴⁰ le modifiche necessarie per tenere conto delle nuove competenze dell'Agenzia Ferroviaria Europea.

2. RECEPIMENTO IN ITALIA DEI PRIMI DUE PACCHETTI FERROVIARI

Con l'occasione del recepimento del Primo Pacchetto, la disciplina italiana del trasporto ferroviario è stata sistematizzata con il dlgs n. 188/2003⁴¹.

Il nuovo decreto conferma in linea di principio, per quanto riguarda il profilo della concorrenza nel mercato, l'assetto come configuratosi per effetto dell'insieme delle norme riportate nella sezione 1.b., ovvero il pieno superamento del regime concessorio per il trasporto merci e per il trasporto passeggeri di media e lunga percorrenza e l'accesso al mercato anche da parte di imprese ferroviarie estere e loro controllate con il vincolo della reciprocità (vincolo che – in considerazione della normativa comunitaria di cui al Primo Pacchetto – veniva escluso per i servizi merci internazionali, pur essendo dovuto solo dal 1° gennaio 2006)⁴².

Il decreto, oltre a definire le regole della liberalizzazione dell'accesso all'infrastruttura, tocca poi tutti i punti rilevanti della regolazione ferroviaria, ponendosi come un vero e proprio testo unico in materia. Le principali aree regolate sono: *i.* il diritto delle imprese ferroviarie ad accedere all'infrastruttura; *ii.* i rapporti fra lo Stato ed il Gestore dell'infrastruttura ferroviaria; *iii.* la certificazione e la documentazione necessaria per l'accesso all'infrastruttura; *iv.* le regole per l'assegnazione delle tracce orarie e l'effettuazione dei servizi da parte del gestore dell'infrastruttura.

a. *Il dlgs n. 188/2003: il rapporto fra lo Stato ed il Gestore dell'infrastruttura ferroviaria e la disciplina dell'accesso all'infrastruttura ferroviaria*

Il settore dei trasporti ferroviari non è, ad oggi, regolato da una "specifica" autorità indipendente, sebbene nel corso della precedente legislatura fosse circolata una bozza di decreto legislativo che ne prevedeva l'istituzione⁴³. L'art. 37 del decreto legislativo individua, invece, nel Ministero delle Infra-

⁴⁰ Ovvero, si rammenta, la direttiva n. 96/48/Ce e la direttiva n. 2001/16/Ce, rispettivamente per i sistemi ferroviari ad alta velocità e convenzionali. Cfr. *supra*, note 12 e 18.

⁴¹ Dlgs n. 188 dell'8 luglio 2003, Attuazione delle direttive n. 2001/12/Ce, n. 2001/13/Ce e n. 2001/14/Ce in materia ferroviaria, in *Guri* n. 170 del 24 luglio 2003, *suppl. ord.*

⁴² Da rilevare come queste regole siano applicabili per tutti i tipi di servizi, sia regionali che di media-lunga percorrenza.

⁴³ Il disegno di legge, che prevedeva poteri estremamente incisivi per la nuova *Authority* che, fra l'altro, sarebbe andata ad erodere parte delle attribuzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, non è andato avanti e, al momento, non risultano ancora nuovi concreti disegni di legge sulla materia.

strutture e dei Trasporti l'organismo di regolazione del settore⁴⁴.

I rapporti tra gestore dell'infrastruttura nazionale e Ministero sono regolati da contratto di programma⁴⁵ che disciplina, in particolare, gli investimenti per lo sviluppo ed il potenziamento della rete, nonché i rapporti economici tra Stato e RFI⁴⁶. Quest'ultima è anche sottoposta alla disciplina del "nuovo" atto di concessione di cui al dm n. 138T del 31 ottobre 2000.

Per quanto riguarda l'esercizio, RFI è tenuta al raggiungimento del pareggio⁴⁷, in un arco di tempo ragionevole, tra costi e ricavi; i costi di circolazione devono essere interamente coperti dal pedaggio (ricavi provenienti dai canoni riconosciuti ad RFI dalle imprese ferroviarie che utilizzano la rete fer-

⁴⁴ L'art. 37 recita come segue:

«1. L'organismo di regolazione indicato all'art. 30 della direttiva n. 2001/14/Ce è il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti o sue articolazioni. Esso vigila sulla concorrenza nei mercati dei servizi ferroviari e agisce in piena indipendenza sul piano organizzativo, giuridico, decisionale e della strategia finanziaria, dall'organismo preposto alla determinazione dei canoni di accesso all'infrastruttura, dall'organismo preposto all'assegnazione della capacità e dai richiedenti, conformandosi ai principi di cui al presente articolo.

2. L'organismo di regolazione collabora con gli organismi degli altri Paesi membri della Comunità europea, scambiando informazioni sulle proprie attività, nonché sui principi e le prassi decisionali adottati, al fine di coordinare i rispettivi principi decisionali in ambito comunitario.

3. Salvo quanto previsto dall'art. 29 in tema di vertenze relative all'assegnazione della capacità di infrastruttura, ogni richiedente ha il diritto di adire l'organismo di regolazione se ritiene di essere stato vittima di un trattamento ingiusto, di discriminazioni o di qualsiasi altro pregiudizio, in particolare avverso decisioni prese dal gestore dell'infrastruttura o eventualmente dall'impresa ferroviaria in relazione a quanto segue:

a. prospetto informativo della rete;
b. procedura di assegnazione della capacità di infrastruttura e relativo esito;
c. sistema di imposizione dei canoni di accesso all'infrastruttura ferroviaria e dei corrispettivi per i servizi di cui all'art. 20;
d. livello o struttura dei canoni per l'utilizzo dell'infrastruttura e dei corrispettivi per i servizi di cui all'art. 20;

e. accordi per l'accesso di cui all'art. 6 del presente decreto.

4. L'organismo di regolazione, nell'ambito dei propri compiti istituzionali, ha facoltà di chiedere al gestore dell'infrastruttura, ai richiedenti e a qualsiasi altra parte interessata, tutte le informazioni che ritiene utili, in particolare al fine di poter garantire che i canoni per l'accesso all'infrastruttura ed i corrispettivi per la fornitura dei servizi di cui all'art. 20, applicati dal gestore dell'infrastruttura, siano conformi a quanto previsto dal presente decreto e non siano discriminatori. Le informazioni devono essere fornite senza indebiti ritardi.

5. Con riferimento alle attività di cui al comma 3, l'organismo di regolazione decide sulla base di un ricorso o eventualmente d'ufficio e adotta le misure necessarie volte a porre rimedio entro due mesi dal ricevimento di tutte le informazioni necessarie. Fatto salvo il comma 7, la decisione dell'organismo di regolazione è vincolante per tutte le parti cui è destinata.

6. In caso di ricorso contro un rifiuto di concessione di capacità di infrastruttura o contro le condizioni di una proposta di assegnazione di capacità, l'organismo di regolazione può concludere che non è necessario modificare la decisione del gestore dell'infrastruttura o che, invece, essa deve essere modificata secondo gli orientamenti precisati dall'organismo stesso.

7. In ogni caso, avverso le determinazioni dell'organismo di regolazione è ammesso il sindacato giurisdizionale».

⁴⁵ Art. 14.

⁴⁶ Gli impegni assunti dallo Stato trovano poi riscontro nella legge di bilancio. La legge finanziaria, invece, determina il concorso dello Stato al finanziamento degli investimenti di RFI.

⁴⁷ La normativa comunitaria in materia di trasporto ferroviario (ed oggi il nuovo Atto di Concessione), ha prescritto agli Stati membri – al fine di assicurare prestazioni efficaci ed adeguate, con la minor spesa possibile in rapporto alla qualità del servizio richiesto – di impostare i rapporti con le imprese incaricate di servizi di interesse economico generale così da consentire a queste ultime una gestione ispirata ai principi validi per le società commerciali.

roviaria italiana), mentre quelli di manutenzione ordinaria (efficientati) sono posti a carico dallo Stato e "contrattualizzati" mediante il medesimo contratto di programma.

b. *La certificazione e la documentazione necessarie per l'accesso all'infrastruttura nel decreto*

L'accesso alla rete da parte di un'impresa è subordinato al possesso di una licenza ferroviaria che, secondo il dlgo n. 188/2003, viene rilasciata all'impresa in possesso dei requisiti di onorabilità, capacità finanziaria e competenza professionale, che disponga di materiale rotabile, nonché del personale incaricato della guida e dell'accompagnamento dei convogli e che sia in grado di dimostrare la copertura assicurativa per la responsabilità civile in caso di incidenti⁴⁸. La licenza ha validità temporale illimitata, salvo i casi di inattività prolungata o di sopravvenuta perdita dei requisiti che hanno consentito il rilascio della stessa. Il Ministero deve, inoltre, rilasciare il "titolo autorizzatorio" (di cui si è detto nella sezione I.2.).

Per accedere all'infrastruttura, l'impresa ferroviaria "licenziataria" deve altresì ottenere il certificato di sicurezza che il gestore dell'infrastruttura rilascia, nel termine di tre mesi, qualora accerti la rispondenza *a.* del personale, *b.* dell'organizzazione interna e *c.* del materiale rotabile dell'impresa agli *standard* qualitativi e tecnici preventivamente definiti dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dello stesso gestore dell'infrastruttura.

Infine, l'accesso all'infrastruttura è subordinato all'assegnazione da parte del gestore di una specifica capacità ferroviaria. Ai fini della commercializzazione di tale capacità, RFI pubblica annualmente il Prospetto Informativo della Rete (PIR), un documento contenente tutte le informazioni necessarie alle imprese ferroviarie per accedere alla rete, pianificare la propria offerta e richiedere le relative tracce.

Di regola, le tracce orarie vengono concesse per una durata massima non superiore alla vigenza di un orario di servizio. Con accordo quadro è però possibile disciplinare l'utilizzo di capacità sull'infrastruttura ferroviaria per un periodo superiore – di norma cinque anni – purché l'accordo non si spinga ad individuare «il dettaglio delle tracce orarie richieste».

Il dlgo n. 188/2003 ha peraltro introdotto la possibilità di prenotare la capacità di infrastruttura – tramite accordo quadro – anche per le persone fisiche o giuridiche con un interesse di pubblico servizio o commerciale, nonché

⁴⁸ La licenza di altri Stati membri è riconosciuta come licenza europea, secondo quanto previsto per la prima volta dalla direttiva n. 95/18/Ce, cfr. *supra*, nota 9. Sulla base degli accordi bilaterali sul trasporto del 2000 fra Unione europea e Svizzera, anche le licenze ferroviarie elvetiche sono riconosciute alla stessa stregua delle licenze di Stati membri.

le regioni e le province autonome, nei limiti dei servizi di propria competenza (c.d. "richiedente autorizzato").

c. *Regole relative all'assegnazione delle tracce orarie ed alla fornitura di servizi*

Le imprese ferroviarie cui è stata assegnata specifica capacità di infrastruttura devono corrispondere a RFI un canone di accesso il cui ammontare, in base all'art. 17, è determinato (con decreto) dal Ministero «delle Infrastrutture e Trasporti» acquisita una motivata relazione da parte del gestore dell'infrastruttura ferroviaria.

Il canone viene definito considerando «i costi diretti e indiretti di circolazione, i costi di energia sostenuti dal gestore dell'infrastruttura per lo svolgimento della corrispondente attività, nonché le spese generali dirette e una quota di quelle indirette. Dai costi così considerati devono dedursi (...) gli eventuali contributi pubblici di qualsiasi natura»⁴⁹.

Da tale formulazione si deduce che in Italia la tariffa di accesso alla rete non tiene conto dei costi di "lungo periodo", né in generale di tutti i costi «che devono essere sostenuti perché l'infrastruttura esista e sia mantenuta in buono stato», (coperti da contributi pubblici); al contrario, il canone si limita a coprire i «costi di fruizione» o di «utilizzo» dell'infrastruttura (i costi di circolazione)⁵⁰.

La normativa italiana vigente consente inoltre che il canone (che consta soltanto di elementi variabili, non prevedendosi un canone fisso) possa essere differenziato in funzione di alcuni parametri, come la qualità delle linee ferroviarie (alta velocità, doppio binario, binario unico ...) e le caratteristiche del convoglio⁵¹. Il gestore della rete può inoltre, sulla base di criteri determinati dal Ministro, adeguare l'ammontare del canone in funzione dei volumi e della qualità delle capacità richieste, nonché in relazione alla situazione del mercato dei trasporti, con corrispondenti variazioni dei corrispettivi globalmente intesi. In ogni caso, il canone deve essere calcolato, applicato e riscosso in modo tale da evitare discriminazioni tra le imprese ferroviarie⁵². Il decreto legi-

⁴⁹ Art. 17, comma 3.

⁵⁰ In altri Paesi si sono seguite scelte diverse. Ad esempio, in Gran Bretagna il pedaggio è strutturato in modo tale da consentire la remunerazione del capitale investito per la costruzione della rete, mentre in Germania il canone consente la copertura di tutti i costi operativi del gestore (e, quindi, anche i costi per la manutenzione dell'infrastruttura), pur non remunerando il capitale investito per la costruzione delle reti.

⁵¹ Art. 17, comma 5. Il pedaggio è così la risultante di tre componenti di costo (*rectius* di tre addendi): 1. la componente relativa alla qualità della tratta o del nodo utilizzato (da corrispondersi comunque anche in caso di mancata utilizzazione della traccia); 2. la componente a km (che si riferisce alla tratta e varia in funzione del grado di saturazione delle linee, dell'usura generata dal convoglio ...) o a minuto (relativa ai nodi e che varia in funzione dell'orario ...), 3. la componente consumo di energia. Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 21 marzo 2000, recante «Determinazione dei criteri di determinazione del canone di utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria».

⁵² Art. 17, comma 9.

slativo riconosce inoltre al gestore dell'infrastruttura la possibilità sia di effettuare maggiorazioni o riduzioni dei canoni (per tenere conto, ad esempio, della congestione da traffico su determinate tratte)⁵³, sia di adottare sistemi di compensazione per la mancata copertura dei costi ambientali o dei costi connessi ad incidenti⁵⁴.

Per quanto riguarda l'assegnazione della capacità ferroviaria, essa deve essere effettuata dal gestore su base equa, e non discriminatoria, con l'obiettivo di garantire un utilizzo efficace ed ottimale dell'infrastruttura⁵⁵ e secondo una specifica procedura stabilita dall'art. 27 del decreto⁵⁶. In analogia con la scelta effettuata dal legislatore europeo anche in materia di capacità aeropor-

⁵³ Art. 18.

⁵⁴ Art. 19.

⁵⁵ Art. 22.

⁵⁶ Si riporta di seguito il testo dell'art. 27:

«1. Il gestore dell'infrastruttura svolge le procedure di assegnazione della capacità. In particolare, egli assicura che la capacità di infrastruttura sia assegnata equamente, in modo trasparente e non discriminatorio e nel rispetto del diritto comunitario, osservando i principi fissati dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con il decreto di cui all'art. 17, comma 11.

2. Il gestore dell'infrastruttura rispetta la riservatezza commerciale delle informazioni ricevute dai richiedenti e deve essere permanentemente in grado di fornire, ad ogni soggetto interessato, informazioni sulla capacità di infrastruttura assegnata per l'effettuazione di servizi di trasporto ferroviario.

3. L'assegnazione della capacità avviene secondo il seguente schema:

a. il gestore dell'infrastruttura ferroviaria, prima di iniziare le consultazioni per la definizione del progetto di orario di servizio di cui all'art. 29, comma 3, identifica insieme con i soggetti competenti in materia di assegnazione di capacità negli altri Stati membri, le tracce orarie riservate ai servizi di trasporto internazionale che vanno integrati nello stesso orario;

b. soltanto in caso di assoluta e comprovata necessità il gestore dell'infrastruttura può apportare modifiche alle tracce orarie che sono state riservate ai servizi di trasporto internazionale secondo la procedura di cui al punto precedente;

c. l'orario di servizio è stabilito una volta per anno civile;

d. per le modifiche e gli eventuali adeguamenti dell'orario il gestore dell'infrastruttura procede ai sensi del par. 2 dell'allegato III della direttiva n. 2001/14/Ce;

e. non oltre undici mesi prima dell'entrata in vigore dell'orario di servizio, il gestore dell'infrastruttura provvede a che le tracce orarie provvisoriamente riservate ai servizi di trasporto internazionale siano definite in cooperazione con i soggetti competenti in materia di assegnazione di capacità negli altri Stati membri. Il gestore dell'infrastruttura assicura per quanto possibile che la programmazione di tali tracce sia mantenuta invariata nelle fasi successive della definizione dell'orario di servizio;

f. il termine per la presentazione delle richieste di capacità da integrare nell'orario di servizio non può essere superiore a dodici mesi prima dell'entrata in vigore dell'orario;

g. il gestore dell'infrastruttura delibera sulle richieste entro due mesi dalla scadenza del termine per la presentazione delle stesse da parte delle imprese ferroviarie e delle associazioni internazionali di imprese ferroviarie, dandone comunicazione alle stesse. Il rigetto della richiesta deve essere motivato;

h. quando il rigetto della richiesta di capacità è motivato dalla insufficienza della stessa, la richiesta è riesaminata, d'accordo con l'istante, in occasione del successivo adeguamento dell'orario per gli itinerari interessati. Le date degli adeguamenti di orario e le relative prescrizioni sono rese disponibili ai soggetti interessati;

i. entro i quattro mesi successivi alla scadenza del termine per la presentazione delle richieste da parte delle imprese ferroviarie e delle associazioni internazionali di imprese ferroviarie, il gestore dell'infrastruttura predispone un progetto di orario di servizio.

4. Il gestore dell'infrastruttura ferroviaria è tenuto a comunicare tempestivamente alle imprese ferroviarie interessate ogni modifica rilevante della qualità delle linee e della capacità utilizzata per l'espletamento dei servizi ferroviari».

tuale⁵⁷, le tracce orarie non possono essere trasferite a pena di nullità⁵⁸. Chiaramente, non è considerato trasferimento l'utilizzo di capacità da parte di un'impresa ferroviaria al fine di svolgere attività di trasporto per conto di un richiedente che non è un'impresa ferroviaria o un'associazione internazionale di imprese ferroviarie⁵⁹.

In caso di infrastruttura saturata, le procedure ed i criteri per regolare l'assegnazione di capacità sono stabilite nel prospetto informativo della rete⁶⁰. È, infine, previsto che, in particolare in caso di infrastruttura saturata, il gestore dell'infrastruttura imponga la rinuncia alle tracce orarie utilizzate, per almeno un mese, al di sotto della soglia minima fissata nel prospetto informativo della rete⁶¹.

Le imprese che accedono all'infrastruttura ferroviaria hanno diritto alla fornitura di determinati servizi. L'art. 20, comma 2, del dlgs n. 188/2003 detta una disciplina articolata dell'accesso ai servizi sulla linea (comprensivo di impianti, stazioni, scali, aree), elencando le aree, gli impianti, le stazioni e i servizi che il gestore deve fornire alle imprese ferroviarie dietro pagamento di un corrispettivo. La norma ribadisce che tali aree, impianti, stazioni e servizi siano da fornirsi a condizioni eque e non discriminatorie.

Da notare che il decreto legislativo prevede, all'art. 17, comma 11, che un decreto ministeriale determini, fra l'altro, le linee guida generali di regolazione della produzione dei servizi erogati dal gestore dell'infrastruttura. La mancata adozione di detto decreto determina ad oggi un certo grado di incertezza normativa.

d. *Recepimento del Secondo Pacchetto Ferroviario in Italia*

Il Secondo Pacchetto ferroviario ha, nel suo complesso, presentato più limitate necessità di innovazioni normative da parte dell'Italia, rispetto al Primo Pacchetto.

Ciò è ovviamente vero, *in primis*, per quanto riguarda il regolamento relativo all'Agenzia Ferroviaria Europea, istituita con regolamento comunitario, e che, pertanto, non necessitava di per sé di alcuna attività nazionale di implementazione.

⁵⁷ Regolamento (Cee) n. 95/93 del Consiglio del 18 gennaio 1993 relativo a norme comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità, in *Guce* n. L 14 del 22 gennaio 1993. In tempi recenti la Commissione ha peraltro aperto alla possibilità di riconoscere la legittimità del c.d. "secondary trading" fra vettori aerei. V. comunicato stampa IP/08/672 del 30 aprile 2008.

⁵⁸ Inoltre, ogni violazione ha come conseguenza l'esclusione da una nuova assegnazione di capacità, nell'ambito della programmazione dell'orario di servizio immediatamente successivo.

⁵⁹ Art. 23.

⁶⁰ Art. 30.

⁶¹ Art. 35. Nel prospetto informativo della rete, il gestore dell'infrastruttura può, altresì, specificare le condizioni in base alle quali si terrà conto dei precedenti livelli di utilizzo delle tracce orarie nella determinazione delle priorità nella procedura di assegnazione di capacità.

La direttiva n. 2004/50/Ce, che aggiornava le competenze in materia di interoperabilità sulla base della costituzione dell'Agenzia Ferroviaria Europea, ha trovato recepimento per quanto necessario con il dlgs n. 163/2007⁶².

La direttiva n. 2004/51/Ce veniva poi, come detto, ad innestarsi su un tessuto normativo di liberalizzazione estremamente avanzata. L'unica necessità è stata quella di eliminare il requisito del titolo autorizzatorio per i servizi di trasporto merci in ambito nazionale, onere cui si è adempiuto nell'ambito del dlgs n. 162/2007⁶³.

È stato, invece, più complesso il discorso sulla direttiva n. 2004/49/Ce e sul suo recepimento. Il mancato rispetto dei termini previsti ha comportato l'apertura di una procedura d'infrazione da parte della Commissione europea, poi superata con l'adozione del summenzionato dlgs n. 162/2007, che ha stabilito la costituzione in Italia dell'Agenzia Ferroviaria competente in materia di sicurezza, assegnandole competenze coerenti con il dettato della direttiva⁶⁴.

In considerazione dei tempi tecnici necessari per la piena operatività dell'Agenzia, è stata infine necessaria l'emanazione di un decreto ministeriale che, colmando il rischio di lacune legislative, regolasse per il periodo transitorio lo svolgimento dei compiti affidati all'Agenzia⁶⁵.

III. Il Terzo Pacchetto Ferroviario

1. IL PROCESSO DI APPROVAZIONE DEL TERZO PACCHETTO

Nel 2004, a poche settimane dall'adozione del Secondo Pacchetto, la Commissione proponeva un Terzo Pacchetto ferroviario, con disposizioni molto incisive sia per il trasporto passeggeri sia per il trasporto merci. Il Pacchetto si componeva, infatti, di una direttiva di liberalizzazione del trasporto passeggeri internazionale, di un regolamento sui diritti dei passeggeri, di un regolamento sulla qualità del trasporto merci e di una direttiva sulla patente europea per il personale viaggiante⁶⁶.

⁶² Dlgs n. 163 del 10 agosto 2007, Attuazione della direttiva n. 2004/50/Ce che modifica le direttive n. 96/48/Ce e n. 2001/16/Ce relative all'interoperabilità del sistema ferroviario transeuropeo, in *Guri* n. 234 dell'8 ottobre 2007, *suppl. ord.*

⁶³ Dlgs n. 162 del 10 agosto 2007, Attuazione delle direttive n. 2004/49/Ce e n. 2004/51/Ce relative alla sicurezza e allo sviluppo delle ferrovie comunitarie, in *Guri* n. 234 dell'8 ottobre 2007, *suppl. ord.*

⁶⁴ L'Agenzia Ferroviaria Europea (ERA) è un'agenzia dell'Unione europea. La decisione di istituire l'agenzia è stata presa nell'aprile del 2004. L'agenzia ha due sedi principali, entrambe in Francia: il quartier generale e tutti gli uffici si trovano a Valenciennes, mentre le conferenze e gli incontri internazionali hanno luogo a Lille. La piena attività è iniziata a metà del 2006. L'agenzia si occupa della creazione di un'area ferroviaria europea competitiva, che aumenti la compatibilità dei sistemi di ogni Stato membro ed in parallelo assicuri i livelli di sicurezza richiesti.

⁶⁵ Dm 169T del Ministro dei Trasporti del 31 ottobre 2007.

⁶⁶ Cfr. *supra*, nota 1.

Le due proposte di regolamento sono quelle che, in particolare, hanno suscitato maggiori controversie, prevedendo una disciplina della quale è stata subito evidenziata l'eccessiva gravosità, suscettibile di compromettere ulteriormente il settore anziché promuoverne lo sviluppo come nelle intenzioni della Commissione⁶⁷. Tali considerazioni, nella misura in cui sono state ritenute ragionevoli dalle istituzioni comunitarie, hanno contribuito alla bocciatura in prima lettura⁶⁸ della proposta di regolamento sulla qualità del trasporto merci⁶⁹.

Per quanto riguarda la proposta di regolamento sui diritti dei passeggeri, perplessità erano state espresse innanzitutto sul fatto che tale proposta prevedesse una disciplina notevolmente più severa per le imprese ferroviarie rispetto a quella imposta ai vettori aerei con l'analogo regolamento (Ce) n. 261/2004 appena approvato dalle istituzioni comunitarie.

Sussisteva pertanto il rischio di svantaggiare, in virtù dei maggiori costi determinati, la modalità ferroviaria rispetto a quella aerea, in concorrenza almeno per alcune tratte e servizi; e comunque si sarebbe finito con il disincentivare gli investimenti, anche privati, nel trasporto ferroviario di passeggeri, per il quale il ritorno economico sarebbe diventato ancora più problematico. La proposta della Commissione, inoltre, si discostava sensibilmente anche dal regime internazionale già previsto dalla convenzione intergovernativa COTIF-CIV⁷⁰, generando dubbi interpretativi rilevanti e potenziali conflitti sull'ordine di prevalenza fra diverse fonti normative internazionali.

Al termine della procedura di codecisione, il regolamento, pur restando molto più gravoso per le imprese di trasporto rispetto al regolamento n. 261/2004 sul trasporto aereo e presentando non poche criticità nell'applicazione, si è armonizzato meglio con il sistema COTIF-CIV già esistente, rafforzandolo ed integrandolo in alcuni punti ed estendendone in linea di principio l'applicazione a tutti i servizi effettuati all'interno della Comunità. Al riguardo va riconosciuto il realismo del compromesso raggiunto nel Comitato di conciliazione sull'ambito di applicazione del regolamento. Nel risolvere la divergenza fra Parlamento europeo, che proponeva l'applicazione del regolamento a tutti i trasporti passeggeri ed il Consiglio che, in linea con l'originaria proposta della Commissione, riteneva che il campo di applicazione dovesse essere ristretto ai servizi internazionali, è stato infatti stabilito un principio

⁶⁷ La politica normativa nel settore dei trasporti si informa, infatti, agli obiettivi stabiliti nel Libro Bianco «*European transport policy for 2010: time to decide*», Com(2001)370 final.

⁶⁸ La normativa proposta dalla Commissione nel settore dei trasporti è soggetta alla procedura di codecisione, con doppia lettura di Consiglio e Parlamento europeo, prevista dall'art. 252 del Trattato.

⁶⁹ Peraltro, successivamente a tale bocciatura, la Commissione ha più volte informalmente fatto trapelare l'intenzione di intendere, nel medio tempo, riproporre misure normative per il settore merci ove le imprese ferroviarie non dimostrino la capacità di innalzare la propria qualità ad un livello tale da potere significativamente invertire il *trend* negativo della loro modalità nel trasporto di merci.

⁷⁰ Cfr. sezione 6.

generale di applicazione a tutti i servizi, ma con ampie possibilità di deroga riconosciute agli Stati membri, in modo da consentire a ciascuno Stato la possibilità di valutare il giusto equilibrio fra la tutela del passeggero e la necessità di non intaccare eccessivamente l'equilibrio finanziario, spesso precario, delle imprese ferroviarie⁷¹.

Meno controverso è stato il cammino delle altre due misure previste dal Terzo Pacchetto, ovvero la direttiva n. 2007/58/Ce di modifica della direttiva n. 91/440/Cee e la direttiva n. 2007/59/Ce sulla certificazione del personale viaggiante⁷². Rispetto alla prima, il duello relativo all'estensione o meno anche al trasporto in ambito nazionale della liberalizzazione ha visto prevalere il Consiglio, sfavorevole a tale opzione⁷³. Per quanto riguarda la certificazione del personale, il clima sin dall'inizio collaborativo fra le istituzioni comunitarie e i rappresentanti delle parti coinvolte ha consentito di giungere ad un testo tecnico condiviso senza particolari contrasti.

2. BREVI CENNI SUL CONTENUTO DELLE SPECIFICHE MISURE NORMATIVE COSTITUENTI IL TERZO PACCHETTO

a. *Il regolamento sui diritti dei passeggeri*

Come evidenziato, il testo definitivo del regolamento n. 1371/2007 sui diritti e doveri dei passeggeri nel trasporto ferroviario di persone ha in buona misura tenuto conto delle perplessità emerse in relazione ai casi di contrasto con la preesistente disciplina della convenzione intergovernativa COTIF-CIV⁷⁴.

Il primo passo in tal senso è stata l'incorporazione della COTIF-CIV nella normativa comunitaria come allegato alla stessa. Tale tecnica normativa sembra discutibile per due motivi: in caso di modifiche alla CIV attualmente in vigore si avrà una COTIF-CIV, allegata in quanto tale al regolamento, ma differente rispetto a quella effettivamente in vigore; alcune parti della Convenzione sono state tralasciate. Ciò nonostante, questo passaggio ha reso molto più coerente l'impianto normativo costituito con il nuovo regolamento, sia in quanto si regolano tendenzialmente aree differenti rispetto a quelle disciplinate dalla CIV allegata, sia perché in alcune parti, ad esempio in tema di responsabilità, viene chiaramente specificato che la disciplina del regolamento si applica in quanto eccezione alla disciplina generale stabilita nell'allegato⁷⁵.

⁷¹ Per quanto riguarda, ad esempio l'Italia, sembra necessitare particolare attenzione il trasporto regionale.

⁷² Cfr. *supra*, nota 1.

⁷³ Ciò è stato possibile anche grazie all'incapacità del Parlamento di confermare in Seconda lettura l'intenzione di proporre anche la liberalizzazione del trasporto passeggeri nazionali. Cfr. *infra*, nota 116.

⁷⁴ Cfr. sezione 6.

⁷⁵ È il caso degli artt. 15-18 (Capo IV del regolamento), in materia di responsabilità da ritardo.

La tutela offerta ai passeggeri con la disciplina così costruita tocca diversi punti: diritti informativi; responsabilità ed assistenza in caso di incidenti; responsabilità ed assistenza in caso di ritardo; assistenza per persone a mobilità ridotta.

Pur essendo numerosi gli spunti di interesse, quelli che appaiono di più immediato impatto sotto il profilo legale sono rappresentati dall'introduzione di un diritto soggettivo – in capo ai passeggeri – al pagamento di indennità in caso di ritardo oltre certe soglie e dall'obbligo di anticipare delle somme – in caso di incidenti che abbiano causato lesioni o morte di passeggeri – indipendentemente dalla responsabilità dell'impresa ferroviaria⁷⁶.

b. *La direttiva di liberalizzazione del trasporto internazionale di passeggeri*

Già in sede di approvazione del Secondo Pacchetto ferroviario, era stata prevista la presentazione, da parte della Commissione europea, di una proposta di liberalizzazione del trasporto internazionale di passeggeri⁷⁷.

Non è stata, pertanto, una sorpresa la presentazione di una direttiva in tale senso nell'ambito del Terzo Pacchetto. Nel corso del processo legislativo, sono stati, peraltro, elaborati altri temi, più o meno complementari a quello della liberalizzazione *tout court*, che hanno poi trovato spazio nel testo approvato in conciliazione a dicembre 2007.

In primo luogo, nell'imporre la liberalizzazione del trasporto internazionale passeggeri entro il 1° gennaio 2010, è stata inoltre confermata la legittimità dell'utilizzo di clausole di reciprocità da parte di quei Paesi che liberalizzino prima di quanto imposto dalla normativa comunitaria⁷⁸. È stata, poi, inserita una novità la cui applicazione potrà essere molto delicata: la possibilità di limitare, per i servizi internazionali, le fermate fra stazioni interessate da contratti di servizio, quando possa essere alterato l'equilibrio economico di quest'ultimi⁷⁹.

Due ulteriori novità, introdotte dal Consiglio, sono infine costituite dalla possibilità di imporre a tutte le imprese ferroviarie una speciale tassa per finanziare i servizi pubblici⁸⁰ e da una maggiore estensione della durata massima degli accordi quadro per l'accesso all'infrastruttura ferroviaria in caso di particolari investimenti⁸¹.

⁷⁶ Si vedano, a riguardo, rispettivamente gli artt. 17 e 13 del regolamento.

⁷⁷ Tale dichiarazione programmata è contenuta nel *considerando* 4 della direttiva n. 2004/51/Ce, cfr. *supra*, nota 2.

⁷⁸ È stata così confermata la legittimità dell'istituto del titolo autorizzatorio, prevista in Italia prima dall'art. 131, comma 1, della legge n. 388/2000, e poi dall'art. 2, lett. *r.* del dlgs n. 188/2003.

⁷⁹ Art. 1.

⁸⁰ Art. 1.

⁸¹ Art. 2.

c. *La direttiva sulla patente europea dei macchinisti*

Come detto, la direttiva relativa alla patente europea per i macchinisti è stata, nell'ambito del Terzo Pacchetto, la misura che ha determinato minori contrasti.

La questione maggiormente critica ha riguardato l'individuazione del personale interessato, trovandosi infine l'accordo sulla limitazione ai macchinisti, con la possibilità per la Commissione di presentare in seguito una relazione sull'opportunità di adottare una specifica disciplina anche sul personale viaggiante⁸².

IV. La regolamentazione dei servizi pubblici

1. DISCIPLINA COMUNITARIA: IL REGOLAMENTO N. 1191/69 ED IL NUOVO REGOLAMENTO N. 1370/2007

I servizi pubblici relativi ai trasporti di terra hanno trovato sin dai primi anni dalla costituzione della Comunità economica europea una compiuta regolamentazione nell'ambito del regolamento n. 1191/69⁸³. Detto regolamento, adottato in un momento in cui le ferrovie erano pubbliche amministrazioni che gestivano i servizi in regime di monopolio legale ed in cui, come detto, solo dopo oltre 20 anni si sarebbe avviato il processo di liberalizzazione e ri-regolazione in precedenza brevemente esaminato, non si interessava in alcun modo della possibilità di instaurare processi concorrenziali per l'affidamento dei servizi ma, piuttosto, si preoccupava di porre un limite agli obblighi di servizio pubblico imposti dagli Stati ed a prevedere il principio della remunerazione per gli obblighi imposti. Anche in occasione delle modifiche apportate con il regolamento 1893/91⁸⁴, introdotte contemporaneamente alla prima versione della direttiva n. 91/440, il legislatore comunitario si conservava indifferente alle modalità di affidamento dei servizi, per concentrarsi sulle modalità di remunerazione e formalizzazione degli obblighi di servizio pubblico, introducendo l'istituto dei contratti di servizio pubblico, sia per il trasporto di merci che per il trasporto di passeggeri.

Un tale impianto normativo, elaborato sulla base del tradizionale assetto monopolistico degli Stati membri e di rapporti comunque fra imprese di mano

⁸² Art. 28.

⁸³ Regolamento (Cee) n. 1191/69 del Consiglio, del 26 giugno 1969, relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile.

⁸⁴ Regolamento n. 1893/91 del Consiglio, del 20 giugno 1991, che modifica il regolamento n. 1191/69 relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile, in *Guce* n. L 169 del 29 giugno 1991.

pubblica e gli Stati azionisti, andava aggiornato sulla base delle novità normative introdotte a partire dagli anni Novanta ed ampiamente descritte nella sezione 1.

Per tale ragione, sin dal 2000 la Commissione aveva lanciato una proposta di nuovo regolamento in materia di obblighi di servizio pubblico di terra, che tenesse conto del superamento dei monopoli legali e del rapporto prettamente contrattuale fra impresa ferroviaria ed autorità affidataria e portasse ad un generalizzato obbligo di selezionare tramite procedure di gara l'impresa ferroviaria affidataria. Le proposte della Commissione si sono scontrate a lungo contro la resistenza dei Governi che, di fatto, per ben due volte hanno bloccato l'iniziativa della Commissione, evitando di discutere in prima lettura sia la proposta originaria che una successiva proposta emendata, pur essendo stata quest'ultima approvata dal Parlamento europeo⁸⁵.

Nel frattempo, con la sentenza resa dalla Corte di giustizia europea nel caso *Altmark*⁸⁶, veniva definitivamente chiarita la natura giuridica dei finanziamenti relativi all'espletamento di obblighi di servizio pubblico, specificando che, ove ricorrano certe determinate condizioni, non si tratta di aiuti di Stato – autorizzati se del caso dal regolamento n. 1191/69 – perché manca l'elemento fondamentale del vantaggio concesso ad un'impresa ovvero a ca-

⁸⁵ Non essendo prevista in prima lettura, nell'ambito della procedura di cui all'art. 251 del Trattato, una tempistica per la discussione delle proposte normative, è possibile di fatto per il Consiglio od il Parlamento rifiutarsi per un tempo indeterminato di esprimersi su una proposta normativa, evitandone l'approvazione pur senza rigettarla formalmente. Non così in seconda lettura, per la quale sono previsti termini molto stretti.

⁸⁶ Sentenza della Corte del 24 luglio 2003 «Regolamento (Cee) n. 1191/69 - Fornitura di servizi di linea urbani, extraurbani e regionali - Sovvenzioni pubbliche - Nozione di aiuto concesso da uno Stato - Compensazione costituente la contropartita di obblighi di servizio pubblico», nel procedimento C-280/00, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 234 CE, dal Bundesverwaltungsgericht (Germania) nella causa dinanzi ad esso pendente tra Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg e Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, la Corte pronunciandosi sulla questione dichiara:

1. Il regolamento (Cee) del Consiglio 26 giugno 1969, n. 1191, come modificato dal regolamento (Cee) del Consiglio 20 giugno 1991, n. 1893, e più in particolare il suo art. 1, n. 1, secondo comma, deve essere interpretato in modo da consentire a uno Stato membro di non applicare tale regolamento all'esercizio di servizi di linea urbani, extraurbani o regionali dipendenti necessariamente da sovvenzioni pubbliche e di limitarne l'applicazione ai casi in cui non sia altrimenti possibile una sufficiente copertura del servizio di trasporto, purché tuttavia il principio di certezza del diritto venga debitamente rispettato;

2. La condizione di applicazione dell'art. 92, n. 1, del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 87, n. 1, CE), in base alla quale l'aiuto deve essere tale da incidere sugli scambi tra Stati membri, non dipende dalla natura locale o regionale dei servizi di trasporto forniti o dall'importanza del settore di attività interessato.

Tuttavia, sovvenzioni pubbliche volte a consentire l'esercizio di servizi di linea urbani, extraurbani o regionali non ricadono nella sfera di tale disposizione qualora debbano essere considerate una compensazione atta a rappresentare la contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per adempiere obblighi di servizio pubblico (ai fini dell'applicazione di tale criterio incombe al giudice *a quo* verificare il ricorrere delle quattro condizioni riportate, *infra*, nota 106).

3. L'art. 77 del Trattato CE (divenuto art. 73 CE) non può essere applicato a sovvenzioni pubbliche che ripianano i costi aggiuntivi sostenuti per l'adempimento di obblighi di servizio pubblico senza tener conto del regolamento n. 1191/69, come modificato dal regolamento n. 1893/91.

tegorie di imprese⁸⁷. Divenuta ormai non più rinviabile, anche alla luce della necessità di recepire correttamente le conseguenze dalla sentenza *Altmark*, una aggiornata regolazione delle obbligazioni di servizio pubblico⁸⁸, la Commissione ha infine preso atto dell'ostilità del Consiglio ad un regolamento che imponesse procedure di gara per l'affidamento dei servizi pubblici ed ha presentato una nuova proposta che, pur riaffermando il principio, consentiva ampie deroghe per il trasporto ferroviario⁸⁹, recepiva i principi elaborati dalla Corte di giustizia nel caso *Altmark*, escludeva dal suo campo di applicazione il trasporto merci ed abrogava il regolamento n. 1107/70 in materia di aiuti di Stato per il settore ferroviario.

Pur così diluita nelle sue caratteristiche più controverse, la proposta della Commissione è stata oggetto di una dura battaglia nel corso dell'*iter* legislativo. Il testo adottato a fine 2007, che entrerà in vigore nel dicembre 2009⁹⁰, è caratterizzato da una esenzione dall'obbligo di gare che, per quanto concerne i servizi ferroviari, è totale⁹¹; dal pieno recepimento dei principi stabiliti nella sentenza *Altmark*⁹²; dall'applicazione per tre anni del regolamento n. 1191/69 ai contratti di servizio concernenti il trasporto merci⁹³; dal recupero delle parti più significative del regolamento n. 1107/70 nell'ambito del nuovo regolamento⁹⁴.

⁸⁷ Le quattro condizioni della sentenza *Altmark* sono le seguenti:

- in primo luogo, l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro;
- in secondo luogo, i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente;
- in terzo luogo la compensazione non deve eccedere quanto necessario per coprire tutti o parte dei costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto degli introiti relativi agli stessi nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento;
- in quarto luogo, quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'assolvimento di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico, il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi in cui un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, sarebbe incorsa per adempiere tali obblighi, tenendo conto degli introiti ad essi attinenti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento.

⁸⁸ Nel luglio del 2005, la Commissione ha adottato un pacchetto di misure per fornire maggiore certezza del diritto nel settore del finanziamento dei servizi di interesse generale, composto da:

- decisione n. 2005/842/Ce sull'applicazione dell'art. 86, par. 2 agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale;
- disciplina comunitaria degli aiuti di Stati concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, n. 2005/C 297/04, in *Gu-UE* n. C 297 del 29 novembre 2005;
- direttiva n. 2005/81/Ce che modifica la direttiva n. 80/723/Cee, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, nonché fra determinate imprese, attuata in Italia con dlgs n. 19 novembre 2007, n. 226, in *Guri* n. 286 del 10 dicembre 2007.

⁸⁹ Il regolamento non prevede, invece, una eccezione generalizzata all'obbligo di gara per il trasporto su gomma, pur consentendo in ogni caso incisive eccezioni.

⁹⁰ L'art. 12 prevede una entrata in vigore differita di due anni rispetto alla pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, avvenuta il 3 dicembre 2007.

⁹¹ Art. 5.6

⁹² Cfr. *supra*, nota 87.

⁹³ Art. 10.

⁹⁴ Art. 9.

L'impostazione del legislatore comunitario, che ha definitivamente rinunciato al progetto di imporre nei contratti di servizio pubblico del settore ferroviario la concorrenza per il mercato, appare particolarmente significativa, in quanto sembra riconoscere le peculiarità del settore ferroviario, che non necessariamente funziona al meglio in un regime di gare. Una simile impostazione potrebbe portare, nel contesto normativo italiano, ad una nuova riflessione sul dlgs n. 422/97, con la possibilità, per il trasporto ferroviario regionale, di superare l'assetto di principio sulle gare da esso previsto, e che negli anni è stato soggetto a continue proroghe proprio per la difficoltà, evidenziata da diverse amministrazioni regionali, di individuare le migliori caratteristiche in termini di lotto e durata e di garantire gare con una effettiva possibilità di partecipazione da parte di una pluralità di soggetti.

V. Normativa di armonizzazione tecnica: interoperabilità, sicurezza, patente dei macchinisti

Una dettagliata disamina della normativa tecnica adottata dall'Unione europea nel trasporto ferroviario non rientra nell'ambito del presente lavoro. Appare, non di meno, necessario evidenziare gli elementi essenziali, sia come completezza di riferimento, sia per la rilevanza di detta normativa ai fini di una effettiva liberalizzazione del trasporto ferroviario.

Come più volte accennato, il settore del trasporto ferroviario è caratterizzato storicamente da monopoli pubblici e da regolamenti tecnici, regole di circolazione ed a volte addirittura un diverso passo dei binari da Paese a Paese. Le ragioni di tali circostanze, che marcano fortemente la differenza con il trasporto aereo, sono molteplici e si rifanno sia a processi industriali – essendo la ferrovia nata essenzialmente per necessità di trasporto interno ai vari Paesi – sia a ragioni più squisitamente storico-politiche, attesa la rilevanza dell'infrastruttura ferroviaria, costituita prima della pacificazione del continente nella seconda metà del secolo, per i movimenti militari.

Date queste premesse, non è da sorprendersi se già nella seconda metà degli anni Novanta è stata emanata la prima direttiva n. 96/48/Ce⁹⁵ in materia di interoperabilità, con la quale si è voluto disciplinare l'interoperabilità per i sistemi ferroviari ad alta velocità. Elementi essenziali di detta direttiva sono la previsione di specifiche tecniche di interoperabilità (STI), cui devono conformarsi gli elementi costitutivi⁹⁶ del sistema ferroviario e l'indicazione di c.d. Organismi Notificati, incaricati di verificare la conformità ai criteri indicati

⁹⁵ Cfr. *supra*, nota 2.

⁹⁶ Identificati all'art. 2.

nelle STI. La Commissione è assistita da uno specifico Comitato Consultivo⁹⁷.

Con l'accelerazione impressa alla formazione comunitaria del settore ferroviario nel corrente decennio, non s'è mancato, con ogni Pacchetto Ferroviario, di progredire ulteriormente il livello di formazione tecnica.

In primo luogo, contemporaneamente al Primo Pacchetto ferroviario è stata approvata la direttiva n. 2001/16/Ce⁹⁸, con la quale si è estesa la regolamentazione sull'interoperabilità anche ai sistemi ferroviari convenzionali, riproducendo sostanzialmente lo stesso sistema normativo proposto per i sistemi ad alta velocità.

Il Secondo Pacchetto ha comportato un intervento tecnico ancora più incisivo, riguardando anche la sicurezza, con l'adozione della direttiva n. 2004/49/Ce⁹⁹ e costituendo addirittura una nuova istituzione comunitaria, l'Agenzia Ferroviaria Europea¹⁰⁰, cui spetta ad oggi l'elaborazione delle proposte di STI, poi adottate dalla Commissione europea¹⁰¹.

Appena completato un primo assetto della normativa tecnica, lo stesso si è in realtà subito orientato in due direzioni. In primo luogo con l'adozione, nell'ambito del Terzo Pacchetto, della direttiva n. 2007/59/Ce¹⁰² in materia di certificazione del personale viaggiante, si è toccato un nuovo campo complementare alla liberalizzazione ed interoperabilità, ovvero quello della possibilità della circolazione anche del personale viaggiante, altrimenti non facile.

In secondo luogo s'è lanciato un nuovo Pacchetto Ferroviario, interamente costituito di normativa tecnica, con l'obiettivo di unificare e migliorare le direttive sull'interoperabilità, sviluppare ulteriori competenze in materia di sicurezza, unificare in capo all'Agenzia Ferroviaria Europea le competenze comunitarie in queste due materie. Questo obiettivo risulta perseguito mediante due direttive ed un regolamento¹⁰³.

Dopo la consegna alla stampa del presente lavoro è stata adottata la nuova direttiva unificata sull'interoperabilità, che oltre ad unificare le direttive n. 96/48/Ce e n. 2001/16/Ce, inserisce nuove norme di semplificazione in materia di immissione in servizio di locomotive ed altro materiale rotabile¹⁰⁴. È inoltre attualmente in fase di seconda lettura la proposta di direttiva in materia di sicurezza, destinata ad emendare la direttiva n. 2004/49/Ce con l'obiettivo di favorire il riconoscimento reciproco del materiale rotabile ed il rapporto fra impre-

⁹⁷ Art. 21.

⁹⁸ In *Guce* n. L 110 del 20 aprile 2001, p. 1.

⁹⁹ Cfr. *supra*, nota 2.

¹⁰⁰ Cfr. *supra*, nota 2. L'organico di Valenciennes è di circa 100 unità.

¹⁰¹ Cfr. *supra*, nota 2.

¹⁰² Cfr. *supra*, nota 1.

¹⁰³ Proposta di regolamento n. 2006/0274/Cod e proposte di direttive n. 2006/0272/Cod e n. 2006/0273/Cod.

¹⁰⁴ Direttiva n. 2008/57/Ce sull'interoperabilità del sistema ferroviario nella Comunità, in *Guce* n. L 191 del 18 luglio 2008.

sa ferroviaria ed il detentore dei carri nonché a rafforzare le competenze dell'ERA. Il pacchetto sarà completato dal regolamento che modifica il regolamento (Ce) n. 881/2004 sull'ERA, per aggiornare le competenze dell'Agenzia secondo quanto stabilito nelle due direttive.

VI. La normativa internazionale settoriale: la Convenzione intergovernativa COTIF

Il settore ferroviario, già prima dell'avvio del processo normativo comunitario, era regolato per il traffico internazionale dalla Convenzione COTIF, facente capo all'OTIF, un'organizzazione intergovernativa con sede a Berna, in Svizzera, costituita nel 1985, come successore dell'Ufficio Centrale per il Trasporto Ferroviario Internazionale, esistente dal 1893.

L'OTIF è composta ad oggi di 42 Stati membri, fra i quali tutti quelli dell'Unione europea e dello Spazio comune europeo, oltre a vari Paesi africani ed asiatici¹⁰⁵. Il suo compito è di adottare, aggiornare ed interpretare la COTIF¹⁰⁶.

L'attuale versione della COTIF, approvata con il protocollo di Vilnius del 1999 e ad oggi non ancora ratificata dall'Italia, è entrata in vigore il 1° luglio 2006 per gli Stati che hanno proceduto con la ratifica¹⁰⁷. Detta versione, profondamente innovativa rispetto al passato in ragione delle intervenute novità imposte dalla normativa comunitaria degli Anni Novanta, si compone di un testo principale e di sette appendici, riguardanti il trasporto internazionale passeggeri (CIV), il trasporto internazionale merci (CIM), il trasporto internazionale merci pericolose (RID); i contratti di utilizzo dei veicoli nel traffico internazionale merci (CUV); il contratto di utilizzo dell'infrastruttura per il traffico internazionale (CUI); il riconoscimento dei requisiti tecnici e l'adozione di norme tecniche uniformi per il traffico internazionale (APTU); l'immissione in servizio del materiale rotabile nel traffico internazionale (ATMF).

L'interazione fra COTIF e diritto comunitario ha creato diversi problemi per le singole appendici della COTIF. La Commissione, infatti, ritenuto che gli allegati CUI, APTU ed ATMF contenessero disposizioni contrarie all'*acquis communautaire*, ha scritto a tutti gli Stati membri chiedendo che essi, come previsto dalla COTIF¹⁰⁸, optassero per la non applicazione delle tre ap-

¹⁰⁵ Si rinvia al sito www.otif.org.

¹⁰⁶ Cfr. *supra*, nota 6. Da ricordare che la COTIF nasce in un contesto nel quale, come detto, le ferrovie erano amministrazioni pubbliche che gestivano i servizi in monopolio sul proprio territorio nazionale. Pertanto, a livello internazionale la necessità di regolazione era avvertita solo per il traffico internazionale, per la gestione del rapporto fra i diversi monopoli.

¹⁰⁷ Secondo quanto previsto dalla stessa Convenzione, la COTIF è entrata in vigore al momento della ratifica da parte di due terzi degli Stati firmatari.

¹⁰⁸ Cfr. *supra*, nota 6.

pendici in questione, almeno sino a quando non venissero risolte dette incongruenze. A ciò va aggiunto che, come menzionato nella sezione 2, l'Appendice CIV è stata incorporata nel diritto comunitario come allegato al regolamento n. 1371/2007 sui diritti dei passeggeri e che, in prospettiva, non si esclude che le istituzioni comunitarie possano riprovare a normare in materia di trasporto merci. L'insieme di tali circostanza sembra indicare che l'obiettivo politico-normativo delle istituzioni comunitarie sia di superare completamente, per quanto riguarda il traffico intraeuropeo, l'assetto dalla COTIF.

A conferma di tale interpretazione, va rilevato che la Commissione europea mantiene, nei negoziati in corso con l'OTIF per la propria adesione all'organizzazione internazionale, la seguente posizione: la COTIF non deve applicarsi, per il traffico fra Stati membri, a tutte le materie regolate dal diritto comunitario, cioè al momento pressoché l'interezza del suo impianto normativo. In definitiva, se prevarrà la visione della Commissione europea, il sistema COTIF dovrebbe passare a regolare i traffici in uscita dall'Unione europea verso gli altri Stati membri dell'OTIF, in particolare in Medio Oriente, Asia centro-occidentale e, fino al loro ingresso nell'Unione, alcuni Paesi dell'Europa balcanica.

VII. Ultimi sviluppi

L'approvazione del Terzo Pacchetto ferroviario e del nuovo regolamento in materia di servizi pubblici terrestri non ha portato ad una pausa nell'evoluzione della regolazione ferroviaria a livello nazionale e, soprattutto, comunitario.

Nella prima metà del 2008 e sino al 15 luglio, data di chiusura del presente articolo, è stato infatti possibile ottenere:

- l'effettivo avvio delle attività dell'Agenzia Nazionale per la Sicurezza delle Ferrovie, come previsto dal dlgo n. 162/2007 in attuazione della direttiva n. 2004/49/Ce¹⁰⁹;
- la quasi completa adozione da parte delle istituzioni comunitarie del pacchetto tecnico di interoperabilità e sicurezza varato nel 2006 dalla Commissione europea¹¹⁰;
- l'adozione di una direttiva unitaria per il trasporto di merci pericolose su rotaia, strada e vie navigabili¹¹¹;
- l'adozione di linee guida relative agli aiuti di Stato nel settore ferroviario¹¹²;

¹⁰⁹ L'iniziale fornitura di personale è stata garantita con Convenzione del 21 maggio 2008 fra il Ministero dei Trasporti e l'Agenzia.

¹¹⁰ Cfr. sezione 5.

¹¹¹ Direttiva n. 2008/68/Ce, in *Gu-UE* n. L 260 del 30 settembre 2008.

¹¹² Il testo delle nuove Linee Guida (2008/C 184/97, in *Gu-UE* n. C 184 del 22 luglio 2008), li-

- il lancio di un nuovo pacchetto di misure normative, da parte della Commissione europea, sui trasporti ecocompatibili¹¹³;

- l'avvio, da parte della Commissione europea, di una procedura d'infrazione nei confronti di 24 Stati membri sui 25 dotati di infrastruttura ferroviaria, per la non corretta attuazione del Primo Pacchetto Ferroviario¹¹⁴.

Aggiungendo le consultazioni in corso in materia di misure da adottare per il trasporto merci ferroviario e di possibile bigliettazione integrata fra trasporto aereo e trasporto ferroviario¹¹⁵, risulta evidente come per il settore ferroviario continui ad essere sempre più intensa l'attività di regolazione in tutti i suoi aspetti, coerente con il progetto di tornare a sviluppare tale modalità e favorire il riequilibrio modale, espressa nel Libro Bianco del 2002¹¹⁶.

VIII. Conclusioni

Con la normativa approvata a fine 2007, la disciplina comunitaria del trasporto ferroviario ha raggiunto uno stadio molto avanzato ponendo termine al percorso intrapreso agli inizi degli anni Novanta dalle pubbliche amministrazioni operanti in forma monopolistica, ed aprendo il settore ad una realtà di efficienza imprenditoriale, liberalizzazione e ridefinizione relativamente ai servizi pubblici.

Il tessuto normativo, come così integrato, prevede ad oggi un processo completo di liberalizzazione del trasporto merci, ma parziale per i passeggeri. Rispetto al trasporto passeggeri è, peraltro, prevedibile che, una volta completata l'approvazione dell'attuale Pacchetto Ferroviario su sicurezza ed interoperabilità, si cominci a valutare i tempi di una possibile proposta di completamento della liberalizzazione, se del caso in congiunzione con una nuova, più realistica proposta in materia di qualità del trasporto merci.

Per quanto riguarda i servizi pubblici, il legislatore comunitario ha deciso, nell'aggiornamento della normativa di settore, di recepire i principi enunciati nella sentenza *Altmark* e di incrementare la trasparenza dei rapporti fra affidataria ed amministrazione affidante pur rinunciando, per il trasporto fer-

enziato dalla Commissione nell'aprile 2008, presenta numerosi profili d'interesse in materia, in particolare, di aiuti alla ristrutturazione, finanziamento del materiale rotabile, servizi pubblici, ripianamento del debito storico, aiuti al coordinamento e garanzie pubbliche. Sarà interessante verificare l'applicazione concreta di tali principi per verificare se ne risulterà, come nelle intenzioni, maggiore trasparenza, certezza giuridica ed attenzione alle problematiche specifiche del settore ferroviario ed alla necessità di supportarne la ripresa.

¹¹³ Il pacchetto si compone di una proposta di revisione della direttiva "Eurovignette", una Comunicazione sulla riduzione del rumore generato dal trasporto ferroviario di merci ed una strategia per assicurare una corretta internalizzazione dei costi esterni del trasporto. V. comunicato stampa IP/08/1119 della Commissione europea.

¹¹⁴ V. comunicato stampa IL/08/1031 della Commissione europea.

¹¹⁵ V. *home page* della DG TREN, www.ec.europa.eu/transport/rail.

¹¹⁶ Cfr. *supra*, nota 67.

roviario, l'affidamento tramite gara come regola generale. Si è trattato, pertanto, di una normativa che, rinunciando a propositi più ambiziosi, si è limitata a razionalizzare il contesto comunitario ed incorporare i principi stabiliti dalla Corte di giustizia.

Infine, sono in fase di completamento i contesti normativi accessori alla liberalizzazione, quali l'interoperabilità, la sicurezza e l'apertura del mercato del personale tecnico, ritenuti indispensabili perché la liberalizzazione formale non sia nei fatti impedita da barriere tecniche e procedurali.

Considerato che, dunque, il panorama normativo strettamente ferroviario è in fase di completamento, non appare irrilevante interrogarsi sulle future sfide regolamentari del settore ferroviario.

In tal senso, sembra in primo luogo necessaria una ulteriore enfaticizzazione della necessità di un *level playing field* intermodale. Com'è noto, le difficoltà incontrate in particolare nei confronti della strada nascono non solo da vantaggi strutturali intrinseci di quest'ultima modalità, ma anche da asimmetrie nel pagamento delle infrastrutture e da un diverso grado di rispetto delle regole del lavoro. La strada intrapresa solo in parte dal legislatore comunitario in tale direzione dovrebbe essere rafforzata ed ampliata.

L'incertezza energetica, con l'alta volatilità del prezzo del petrolio, manifestatasi in particolare nell'ultimo anno, dovrebbe, poi, ulteriormente suggerire una politica in favore del trasporto ferroviario, con i propri consumi molto più ridotti sia per il trasporto passeggeri che per il trasporto merci, in modo da ridurre i contraccolpi derivanti in Europa dalla dipendenza da fonti extraeuropee per il proprio approvvigionamento di greggio.

Una grande attenzione, sia sotto il profilo normativo che nella scelta degli investimenti strategici, andrebbe poi riposta nel ruolo che le ferrovie europee possono ricoprire nel mercato globale del trasporto merci, per il quale sembra sempre più possibile l'apertura di corridoi attraverso la Russia e le Repubbliche ex-Sovietiche, sino ad una strada interna verso la Cina, alternativa al trasporto su nave.

Infine, le prospettive delle ferrovie nel gioco intermodale del trasporto merci non devono fare dimenticare le problematiche legate all'equilibrio ed al *level playing field* intramodale rispetto al quale, se per il trasporto merci v'è ormai da circa due anni una piena liberalizzazione almeno formale in ogni Stato membro, non così è stato per il trasporto passeggeri.

Come in precedenza descritto malgrado l'insistenza del Parlamento, che ha più volte proposto di stabilire una data precisa per la liberalizzazione del trasporto nazionale passeggeri¹¹⁷, nei passaggi legislativi del Terzo Pacchetto

¹¹⁷ In un estremo tentativo di mediazione in seconda lettura, il Parlamento chiedeva la previsione di una data precisa, seppure spostata nel tempo (2017) per il completamento del processo di liberalizzazione della concorrenza nel mercato ma, non avendo raggiunto in sede di votazione plenaria la necessaria maggioranza qualificata, tale proposta di emendamento non è entrata nella posi-

in Consiglio ed in Parlamento è stata confermata la liberalizzazione del solo trasporto internazionale passeggeri.

L'assetto normativo relativo alla concorrenza nel mercato prevede pertanto, a tutt'oggi, una asimmetria per il trasporto passeggeri fra Paesi (quali l'Italia e la Germania) che hanno introdotto una piena libertà d'accesso (con il limite, previsto tanto in Italia quanto in Germania, della reciprocità) e Paesi che, attenendosi al minimo prescritto dalla disciplina comunitaria, possono ancora mantenere un monopolio legale in capo all'*incumbent* storico (è il caso della Francia). Né sembra che si potrà arrivare in tempi brevi a completare la liberalizzazione comunitaria del trasporto passeggeri, come conferma il fatto che la Commissione, con l'*iter* del Terzo Pacchetto quasi concluso, si è limitata a presentare un pacchetto di normativa su interoperabilità e sicurezza¹¹⁸, di grande importanza tecnica, ma attento soprattutto a non toccare tematiche foriere di contrasti politici.

Tale sbilanciamento rende estremamente delicato l'assetto concorrenziale europeo poiché mentre, ad esempio, in Italia l'*incumbent* si troverà presto a vedere un'erosione delle proprie quote di mercato sulle tratte passeggeri più remunerative¹¹⁹, in altri Paesi si potrà trarre vantaggio da rendite monopolistiche ancora esistenti per aggredire altri mercati in mancanza di quelle pari opportunità competitive alla base del più sano gioco concorrenziale, che benefici veramente il consumatore consentendo alle imprese di prevalere sulla base della loro migliore qualità e/o efficienza.

In definitiva, sembrerebbero auspicabili ulteriori interventi di regolazione da parte di un'Autorità preposta alla concorrenza al fine di evitare forme di concorrenza scorrette e contrarie agli interessi dei consumatori.

Lucio Lanucara**

zione ufficiale parlamentare.

¹¹⁸ Cfr. sezione V.

¹¹⁹ Come noto e riportato ampiamente dalla stampa, è previsto per il 2011 l'avvio dei servizi della NTV, in particolare sulla tratta Napoli-Roma-Milano ad alta velocità.

** Responsabile della Struttura Operativa Comunitaria ed Internazionale della Direzione Affari Legali e Societari / Trenitalia SpA.

DOCUMENTAZIONE

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 15-16 ottobre 2008*

Il Consiglio europeo si è riunito il 15 e 16 ottobre 2008 in un contesto contrassegnato dalla crisi economica e finanziaria internazionale. Il Consiglio europeo ha espresso la propria determinazione ad agire di concerto e globalmente per tutelare il sistema finanziario europeo ed i depositanti. Il Consiglio europeo ha confermato l'obiettivo di un accordo d'insieme sul dossier "energia/cambiamento climatico" entro la fine dell'anno. È giunto ad un accordo in merito ad un'accelerazione dei lavori in materia di sicurezza energetica. Ha adottato il Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo. Sul piano esterno, ha stilato un bilancio sull'attuazione dell'accordo dell'8 settembre da parte della Russia, sulla situazione in Georgia e sulle relazioni dell'UE con i suoi vicini orientali. Il Consiglio europeo ha ascoltato l'analisi del Primo ministro irlandese riguardante il referendum in Irlanda sul trattato di Lisbona; ritornerà sulla questione in dicembre.

Il Consiglio europeo ha avallato la composizione del gruppo di riflessione sul futuro dell'Unione.

(Omissis)

Situazione economica e finanziaria

1. Di fronte alla crisi finanziaria, il Consiglio europeo esprime la sua determinazione ad agire in modo coordinato ed esaustivo per ripristinare il buon funzionamento del sistema finanziario, assicurare in tal modo il finanziamento normale ed efficace dell'economia e ritrovare la via della crescita e dell'occupazione.

2. Il Consiglio europeo plaude ai provvedimenti adottati sin dall'inizio della crisi

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet http://www.consilium.europa.eu/cms3_fo/showPage.asp?id=432&lang=IT&mode=ghmt. In data 1° settembre 2008 si è tenuta a Bruxelles una riunione del Consiglio europeo straordinario: v. le relative Conclusioni della Presidenza sul sito internet sopra citato (*n.d.r.*).

finanziaria dalla Banca centrale europea e dalle Banche centrali nazionali interessate e al positivo coordinamento con le banche centrali dei paesi partner. La liquidità del sistema finanziario sarà assicurata da tutte le autorità al fine di preservare la fiducia e la stabilità.

(Omissis)

10. A parte il settore finanziario, il Consiglio europeo sottolinea la sua determinazione a adottare le misure necessarie per sostenere la crescita e l'occupazione. Invita la Commissione a formulare entro la fine dell'anno proposte adeguate, in particolare per preservare la competitività internazionale dell'industria europea. Il Consiglio europeo sottolinea che la prosecuzione delle riforme strutturali continua ad essere più che mai importante per contribuire ad una ripresa della crescita e al miglioramento della situazione occupazionale in Europa. Il sostegno all'attività economica presuppone un livello di finanziamento sufficiente.

(Omissis)

Trattato di Lisbona

15. Il Consiglio europeo, nel ricordare le sue conclusioni del giugno 2008, ha preso atto dell'analisi presentata dal Primo ministro irlandese, sig. Brian Cowen, riguardante i risultati del referendum sul trattato di Lisbona. Il governo irlandese proseguirà le sue consultazioni al fine di contribuire all'elaborazione di una prospettiva di soluzione della situazione. Su questa base il Consiglio europeo ha convenuto di tornare sulla questione nella riunione del dicembre 2008 al fine di definire gli elementi di una soluzione e una via comune da seguire.

Energia e cambiamento climatico *(Omissis)*

Sicurezza energetica *(Omissis)*

Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo

19. Il Consiglio europeo ha adottato il Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo¹, che sancisce l'impegno dell'Unione europea e degli Stati membri ad attuare una politica giusta, efficace e coerente a fronte delle sfide e delle opportunità rappresentate dalle migrazioni. Il Patto costituisce ormai per l'Unione ed i suoi Stati membri il fondamento di una politica comune dell'immigrazione e dell'asilo, ispirata a uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri e di cooperazione con i paesi terzi. Tale politica comune deve fondarsi su una gestione adeguata dei flussi migratori, nell'interesse non solo dei paesi di accoglienza ma anche dei paesi d'origine e del migrante stesso.

20. I principi fondamentali enunciati nel Patto si concretano in una serie di misure da attuare immediatamente a livello sia di Unione europea sia nazionale. Peraltro, ad essi s'ispirerà parimenti il futuro programma di lavoro dell'Unione europea,

¹ Doc. 13440/08.

che la Commissione proporrà nel maggio 2009 in previsione di una sua messa a punto sotto presidenza svedese.

L'attuazione del patto sarà oggetto di un dibattito annuale a decorrere dal Consiglio europeo del giugno 2010.

Seguito del Consiglio europeo del 1° settembre 2008 (*Omissis*)

Gruppo di riflessione (*Omissis*)

ALLEGATO 1

Composizione del gruppo di riflessione

(*Omissis*)

ALLEGATO 2

Elenco dei documenti di riferimento presentati al Consiglio europeo

(*Omissis*)

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

ENERGIE RINNOVABILI: NORMATIVA E COMPATIBILITÀ AMBIENTALE*

Sommario: Ringraziamenti - Introduzione - **I. L'energia nei Trattati europei** - **a. Primo paradosso** - **b. Secondo paradosso** - **II. L'energia elettrica nella normativa comunitaria** - **a. La disciplina del mercato interno dell'energia elettrica** - **b. La disciplina delle energie rinnovabili** - **c. La base giuridica dei provvedimenti adottati in materia di energia elettrica e in materia di energie rinnovabili** - **III. Problematiche specifiche riguardanti le energie rinnovabili** - **a. La disciplina degli aiuti di Stato** - **b. La disciplina degli appalti pubblici** - **c. La disciplina sulla VIA (Valutazione dell'Impatto Ambientale) e sulla VAS (Valutazione Ambientale Strategica)** - **d. La tutela del paesaggio.**

Ringraziamenti

È ugualmente doveroso, da parte mia, un ringraziamento agli organizzatori del Convegno e in particolare al nostro Presidente, Sergio MATTEINI CHIARI che, anche quest'anno, ha colpito nel segno, individuando, ancora una volta, un tema di notevole importanza e di estrema attualità: quello delle *energie rinnovabili e della loro compatibilità con l'ambiente*.

A riprova dell'importanza e dell'attualità del tema, segnalo che uno dei più noti collaboratori del NEW YORK TIMES, Thomas FRIEDMAN, ha recentemente scritto un libro (*Hot, flat and crowded*¹) di notevole successo, nel quale

* Relazione presentata al Convegno nazionale tenutosi a Gubbio nei giorni 10-11 ottobre 2008 su «Energie rinnovabili e compatibilità ambientale» organizzato dal Centro Studi Giuridici della Città di Gubbio e dal Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria.

¹ Pubblicato da Farrar, Straus & Giroux, New York, NY, 2008.

sostiene che gli Stati Uniti, per risollevarsi dall'attuale situazione economica fallimentare, dovrebbero concentrare attività ed investimenti soprattutto nella produzione e nell'impiego di energie rinnovabili².

Con ogni probabilità FRIEDMAN ha preso lo spunto dalle teorie dello scienziato austriaco Fritjof CAPRA, che ha pubblicato negli Stati Uniti un libro dal titolo: «*La scienza universale: arte e natura nel genio di Leonardo da Vinci*». In tale libro l'Autore sostiene che occorre affrontare la questione energetica ed ambientale in modo integrato, considerando il sistema "Terra" nel suo insieme, come faceva Leonardo da Vinci³.

Introduzione

Come abbiamo avuto modo di constatare, la relazione dell'Ing. MENNA⁴ ha delineato in modo esaustivo la politica europea in materia di energie rinnovabili, con indicazione delle misure finora adottate dalle Istituzioni comunitarie e di quelle di prossima adozione. I benefici procurati dall'applicazione di tali misure sono stati finora significativi, come abbiamo sentito, e potrebbero assumere in futuro una rilevanza straordinaria.

Il compito che ora mi è stato affidato è quello di inquadrare la materia sotto il profilo giuridico-istituzionale con l'intento di chiarire in che modo e per quali motivi si sia arrivati a disciplinare, nella Comunità europea, il settore delle fonti energetiche rinnovabili, analizzando la normativa e mettendone in evidenza le principali problematiche.

I. L'energia nei Trattati europei

Nel Trattato istitutivo della Comunità europea, firmato a Roma nel 1957, non esiste alcun articolo dedicato all'energia.

L'unico Trattato che ha disposto l'inserimento di una disposizione dedicata all'energia è, incredibilmente, il Trattato di Lisbona del dicembre 2007, vale a dire l'ultimo Trattato europeo concluso esattamente 50 anni dopo la firma del Trattato di Roma del 1957. Il Trattato di Lisbona, come è noto, è il Trattato che l'Irlanda recentemente non ha ratificato e che si cerca ansiosamente di far ratificare dagli Stati membri che ancora non l'hanno fatto.

Il Trattato di Lisbona ha modificato sia il Trattato sull'Unione europea sia il Trattato sulla Comunità europea, che si chiamerà, d'ora in poi, «Trattato sul

² Il programma presentato dal nuovo Presidente degli Stati Uniti, *Barack Obama*, conferma che il messaggio di *Friedman* è stato recepito.

³ Il libro è stato pubblicato in Italia da Rizzoli nel 2007.

⁴ Dell'Ing. P. MENNA si segnala il testo "*L'energia pulita*", Bologna, Il Mulino, 2003.

funzionamento dell'Unione europea» (con la soppressione della parola «Comunità europea»: per cui si dovrà usare soltanto l'espressione «Unione europea»).

Orbene, nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea è stato inserito, con l'art. 194, il nuovo Titolo XXI dedicato, appunto, all'energia. Alla lett. c. del par. 1 di tale art. 194 si fa espresso riferimento alla politica dell'Unione nel settore dell'energia che intende «*promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili*».

Il riferimento ad una politica europea dell'energia che viene inserito in uno dei due Trattati fondamentali, 50 anni dopo la firma del Trattato di Roma del 1957, rivela l'esistenza di due paradossi che trovano la loro origine, il primo, nella storia dell'integrazione europea e, il secondo, nei meccanismi evolutivi tipici del sistema istituzionale comunitario.

a. Primo paradosso

Il primo paradosso nasce dal fatto che la stessa idea di costruire un'Europa integrata è stata fondata sull'energia, vale a dire sulla politica comune dell'energia.

Il Trattato istitutivo della Ceca, del 1951, che ha dato avvio allo straordinario processo di integrazione europea, era un accordo politico tra i sei Stati membri fondatori, per gestire in comune la più importante fonte di energia all'epoca esistente: il carbone (considerata la ridotta incidenza, a quel tempo, del petrolio e del gas, e il carente apporto delle centrali idroelettriche, molte delle quali erano state distrutte durante l'ultima guerra mondiale).

Mettendo in comune e gestendo insieme la produzione e il commercio del carbone e dell'acciaio, i sei Stati fondatori hanno trovato il modo di superare i dissidi di natura politica lasciati in eredità dal secondo conflitto mondiale e di rilanciare l'economia dell'intero continente europeo.

Ma il consenso al progetto di Jean MONNET e di SCHUMAN, gli ideatori del Trattato Ceca, di mettere in comune la più importante fonte di energia del tempo, era stato dato perché i sei Stati della Piccola Europa erano usciti stremati dalla seconda guerra mondiale e il loro nazionalismo si era temporaneamente sopito.

È bastato infatti che le economie dei sei Paesi riprendessero slancio, grazie allo straordinario successo della Ceca, per far rinascere i nazionalismi in tutti gli Stati europei.

Questo spiega l'opposizione al progetto della seconda Comunità europea, la CED (Comunità europea di difesa), che era stata ideata per mettere in comune, questa volta, gli eserciti dei Paesi europei, già negli anni Cinquanta del secolo scorso, per ripetere in campo politico il successo che era stato ottenuto in campo economico.

A causa del fallimento della CED, i padri fondatori della Ceca hanno dovuto abbandonare l'obiettivo dell'unificazione europea attraverso l'integra-

zione politica, cercando di realizzarla attraverso l'integrazione economica.

Tale mutamento di indirizzo, come è noto, si è realizzato, dopo la conferenza di Messina del 1955, grazie alla conclusione, nel 1957, dei due Trattati di Roma: quello sulla Comunità economica europea e quello sull'Energia atomica.

Anche il Trattato sull'Energia atomica (Euratom) riguardava l'energia, perché disciplinava, pur con certe limitazioni, la produzione, la distribuzione e l'utilizzo dell'energia nucleare, ma l'adesione degli Stati membri a tale Trattato è stata più che altro motivata dalla necessità di non perdere i contatti con l'evoluzione scientifica, data la novità della materia e l'importanza delle ricerche condotte in tale settore.

Ciò è confermato dal fatto che, dopo il ritorno al potere in Francia di Charles DE GAULLE, nel 1958, la realizzazione della bomba atomica francese e lo sviluppo delle ricerche in materia nucleare, per la produzione di energia elettrica in Francia, hanno avuto l'effetto di ridimensionare drasticamente l'attività dei Centri di ricerca nel settore nucleare, come ISPRA in Italia, la cui attività è stata indirizzata prevalentemente verso altri settori. Da allora il Trattato Euratom non ha più potuto sviluppare le sue potenzialità.

Per quanto riguarda il Trattato sulla Comunità europea, come sappiamo, esso non contiene alcuna norma riferita ad una politica comune dell'energia, mentre il Trattato della Ceca, riferendosi al solo carbone, ha visto progressivamente ridotto il proprio peso, considerata l'importanza crescente delle altre fonti di energia rappresentate dal petrolio, dal gas e dall'energia idroelettrica.

La ragion di Stato ha quindi prevalso e gli Stati membri hanno mantenuto e continuato ad esercitare i loro poteri sovrani nei settori nei quali, di regola, la sovranità viene esercitata: nel settore fiscale, nel settore monetario e nel settore dell'energia, perché è in questi settori che la sovranità generalmente si manifesta in tutta la sua forza.

Il primo paradosso può essere quindi così formulato: nel Trattato fondamentale sulla Comunità europea mai si parla di energia e la Comunità europea è nata dall'energia (vale a dire dalla messa in comune e dalla gestione in comune dell'energia attraverso il Trattato Ceca).

b. Secondo paradosso

Il secondo paradosso, come poc'anzi accennato, è sorto dall'applicazione dei meccanismi evolutivi che caratterizzano il processo di integrazione europea.

Analogo paradosso si è riscontrato, ad esempio, nel settore dell'ambiente. Anche in tale settore il Trattato istitutivo della Comunità europea non conteneva, originariamente, alcun articolo che disciplinasse tale settore.

Ciò non ha però impedito alla Comunità europea di adottare numerose direttive in materia ambientale, pur in assenza di una base giuridica su cui fondarle.

La base giuridica, come è noto, è stata inserita nel Trattato istitutivo della Comunità europea soltanto a seguito della sua prima grande modifica introdotta con l'Atto Unico europeo, entrato in vigore nel 1987 e, quindi, trent'anni dopo la firma del Trattato di Roma del 1957.

Ciò è derivato dalla necessità di tenere il passo con l'evoluzione che da tempo interessava tutti i settori economici destinati ad essere assoggettati alle regole stabilite nel Trattato di Roma, e, quindi, alle norme di diritto comunitario.

In effetti, il notevole aumento della produzione dei beni all'interno degli Stati membri e, soprattutto, l'enorme incremento degli scambi dei prodotti fra gli stessi Stati membri intervenuto nel corso degli anni, ha reso necessario l'intervento normativo della Comunità europea anche per tutelare gli aspetti ambientali, pur mancando nel Trattato la base giuridica per farlo.

Un esempio chiarisce subito i concetti. Negli anni Ottanta la Germania aveva fissato un limite massimo per il contenuto di piombo tetraetile nella benzina, minacciando di bloccare l'ingresso in Germania di ogni tipo di benzina proveniente dagli altri Paesi membri che superasse tale limite. Per di più la minaccia poteva estendersi anche alle automobili che consumavano benzina con un tenore di piombo tetraetile superiore a quello stabilito.

Come si comprende, l'obiettivo perseguito dalla Germania era quello di tutelare l'ambiente, ma il provvedimento che la stessa Germania aveva previsto di adottare avrebbe avuto incidenza sulla circolazione delle merci: benzina e automobili.

Orbene, anche se la Comunità europea non disponeva di una base giuridica su cui fondare una norma che perseguisse finalità di natura ambientale, perché nel Trattato non esisteva, le è stato possibile far riferimento alle norme del Trattato Ce sull'armonizzazione delle legislazioni e sulla libera circolazione delle merci per intervenire nei confronti della Germania, la cui normativa avrebbe ostacolato, per l'appunto, la circolazione della benzina e delle automobili provenienti dagli altri Stati membri.

Con un tal modo di procedere, che è stato considerato legittimo dalla Corte di giustizia⁵, la Comunità europea ha potuto, durante un periodo di quasi trent'anni, adottare le numerose direttive, in precedenza menzionate, che hanno consentito di disciplinare, con specifiche norme armonizzate, l'intero settore dell'ambiente, con riferimento, in particolare all'inquinamento dell'aria, delle acque, del suolo, etc.

Finalmente, nel 1987, con l'entrata in vigore dell'Atto unico europeo, è stata introdotta la base giuridica fino ad allora mancante, mediante l'inserimento degli artt. 130 R, S, T, nel Trattato sulla Comunità europea.

⁵ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 1980 nelle cause riunite n. 91/79 e n. 92/79, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1980, p. 1099 e p. 1115.

Tali articoli, sono divenuti, nell'attuale versione del Trattato sulla Comunità europea, gli artt. 174, 175 e 176 e diverranno gli artt. 191, 192 e 193 del nuovo Trattato sul funzionamento dell'Unione europea se sarà ratificato ed entrerà in vigore, come in precedenza accennato, il Trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007.

Uno sviluppo analogo si è verificato nel settore dell'energia.

La mancanza di riferimenti anche al settore dell'energia nel Trattato istitutivo della Comunità europea non ha invero impedito, alla Comunità europea, come è ugualmente avvenuto nel settore dell'ambiente, di occuparsi di energia e di disciplinare tale settore mediante norme vincolanti per tutti gli Stati membri.

Ciò si è verificato grazie allo sviluppo intervenuto, all'interno della Comunità europea, in campo tecnico, giuridico, economico e sociale, nel corso degli anni, in conseguenza, soprattutto, della giurisprudenza evolutiva della Corte di giustizia.

Grazie infatti alla giurisprudenza della Corte di giustizia il processo di integrazione europea ha subito, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, una fortissima accelerazione.

In effetti, con l'abbattimento delle frontiere e degli ostacoli agli scambi *intra* ed *extra*-comunitari, con la liberalizzazione dei capitali e degli investimenti, con l'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di appalti pubblici, di diritto societario, bancario e assicurativo, con l'applicazione sempre più rigorosa delle norme comunitarie in materia di concorrenza e di aiuti di Stato che hanno portato alla soppressione dei monopoli nel settore dei trasporti e delle telecomunicazioni, nonché con l'avvento della moneta unica, il quadro giuridico riferito al sistema economico all'interno dell'Europa è risultato profondamente modificato.

Di conseguenza, l'integrazione raggiunta in tutti i settori sopra indicati non poteva non avere incidenza anche nel settore dell'energia, nel senso di rendere necessaria una disciplina armonizzata in sede europea destinata a regolare la produzione, la distribuzione e il consumo dell'energia all'interno degli Stati membri.

Occorre anche ricordare che qualche fugace accenno all'energia era stato inserito nel Trattato sulla Comunità europea grazie all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht.

Infatti, a partire dal 1993, con il Trattato di Maastricht, dopo l'aggiunta all'art. 3 del Trattato sulla Comunità europea della lett. *t.* riferentesi anche all'energia, è stato inserito, nello stesso Trattato, l'art. 129 B (divenuto in seguito art. 154), in base al quale (cfr. par. 1): «*la Comunità concorre alla costituzione e allo sviluppo di reti transeuropee nei settori delle infrastrutture dei trasporti, delle telecomunicazioni e dell'energia*».

Analogamente, ancora nel 1993, sempre grazie al Trattato di Maastricht,

è stato inserito, nel Trattato sulla Comunità europea, l'art. 100 A (divenuto in seguito art. 100) secondo il quale (cfr. par. 1): *«il Consiglio [dell'Unione europea] deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, può decidere in merito alle misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti»*.

Orbene, benché fosse evidente che le gravi difficoltà nell'approvvigionamento riguardavano soprattutto il petrolio e il gas, e, quindi, l'energia, non si è avuto il coraggio di dirlo apertamente e soltanto con il Trattato di Lisbona (nel quale l'art. 100 è divenuto l'art. 122 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) è stato possibile, superando le remore nazionaliste che ancora esistevano negli anni Novanta, aggiungere al termine della frase «qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti» la precisazione *«in particolare nel settore dell'energia»*.

Questo dimostra quanto sia stata forte la resistenza degli Stati ad affidare alle Istituzioni comunitarie competenze in materia di gestione dell'energia.

Tale resistenza viene chiaramente confermata dal testo dell'art. 175, par. 2, lett. c. dell'attuale Trattato sulla Comunità europea, da cui si deduce che eventuali misure di natura ambientale adottate in sede comunitaria che avessero incidenza sulla politica degli Stati membri in materia di energia, devono essere approvate all'unanimità.

Ma nel frattempo, in seguito ad un'applicazione sempre più decisa delle norme sulla concorrenza, grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia, come in precedenza riferito, sono stati liberalizzati negli Stati membri i principali settori fino a quel momento sottoposti a regimi di monopolio, come quelli delle telecomunicazioni (telefoni, radio-televisione, sistemi elettronici di comunicazione), dei trasporti (su ferrovia, per via aerea, per mare e per vie navigabili interne) nonché dei prodotti energetici (gas, petrolio) e della stessa energia elettrica.

L'applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza comportava l'obbligo di sottoporre a gara o a procedure di evidenza pubblica, le concessioni dei servizi nei settori predetti, compreso quello dell'energia, che erano state fino a quel momento riservate ad enti ed organismi pubblici oppure ad organismi, anche privati, titolari di diritti speciali od esclusivi.

La graduale liberalizzazione avvenuta in modo disomogeneo nei vari Paesi membri, ha quindi reso necessario l'intervento della Comunità europea per armonizzare le regole nei vari settori appena menzionati.

Il settore dell'energia e, in particolare, il settore dell'energia elettrica, è stato l'ultimo ad essere assoggettato al processo di armonizzazione per le ragioni sopra dette. Gli Stati membri si erano addirittura dimostrati meglio disposti a cedere sovranità nel settore monetario, che non in quello energetico. Essi avevano infatti accettato l'introduzione dell'euro, ma hanno resistito fino

all'ultimo per non rinunciare alle proprie prerogative in materia di gestione dell'energia e, in particolare, dell'energia elettrica.

Da ultimo, la forza delle cose, intesa come impatto sempre più intenso degli effetti dell'integrazione sulle economie degli Stati membri, ha reso necessario introdurre una disciplina armonizzata anche nel mercato interno dell'energia elettrica.

II. L'energia elettrica nella normativa comunitaria

a. *La disciplina del mercato interno dell'energia elettrica*

Il primo provvedimento comunitario con intenti di armonizzazione nel settore dell'energia elettrica è stata la direttiva Ce n. 96/92⁶ che ha normativamente disciplinato il mercato interno dell'energia elettrica⁷.

La direttiva n. 96/92 ha liberalizzato la produzione, l'importazione, l'esportazione, l'acquisto e la vendita di energia elettrica, rendendo possibile la concorrenza tra gli operatori che producono e distribuiscono tale energia e riconoscendo ai consumatori il diritto di scegliersi i propri fornitori.

La direttiva non imponeva però scelte sul tipo di energia elettrica da produrre: tale decisione era infatti riservata agli Stati membri. In particolare non si faceva riferimento all'energia elettrica derivante da fonti rinnovabili.

Pur non avendo inserito un esplicito riferimento alle fonti di energia rinnovabili nella direttiva n. 96/92, la Commissione europea aveva però avviato da tempo numerosi e approfonditi studi in materia.

Già nel 1993 con il Programma *Altener* previsto dalla decisione n. 93/500⁸ la Comunità europea aveva preso una posizione precisa in favore dell'impiego delle energie rinnovabili.

Nel 1996 appare il *Libro Verde*⁹ della Commissione sulle energie rinnovabili divenuto, nel 1997, il "*Libro Bianco delle fonti rinnovabili, per una strategia e un piano d'azione della Comunità*" che affronta in modo completo la materia¹⁰.

Ogni volta che si parla di Libri Verdi e di Libri Bianchi non bisogna mai dimenticare l'enorme importanza di questi testi che consentono alla Commissione europea di raccogliere i dati più aggiornati e i risultati degli studi più recenti, effettuati a livello mondiale, nel settore preso in considerazione.

⁶ In *Guce* n. L 27 del 30 gennaio 1997, p. 20 ss.

⁷ Specifiche disposizioni comunitarie sono state adottate per quanto riguarda altre fonti energetiche come il petrolio e il gas.

⁸ In *Guce* n. L 235 del 18 settembre 1993, p. 41 ss.

⁹ Doc. Com(96)576 del 20 novembre 1996.

¹⁰ In *Guce* n. C 198 del 24 giugno 1998, p. 1 ss.

La tecnica utilizzata per redigerli permette alla Commissione europea di coinvolgere numerosi esperti e i più importanti centri di ricerca che si occupano della materia trattata nei Libri Verdi e nei Libri Bianchi¹¹.

Pertanto, nonostante l'assenza di riferimenti normativi specifici alle energie rinnovabili nella direttiva n. 96/92, lo Stato italiano, con il decreto legislativo n. 79 del 16 marzo 1999 che ha recepito tale direttiva nel nostro ordinamento, ha potuto disciplinare espressamente la materia delle energie rinnovabili seguendo le indicazioni ricavate dai documenti della Commissione appena citati.

Infatti, l'art. 11 del predetto decreto legislativo n. 79/1999, introduce l'obbligo per i produttori di energia proveniente da fonti non rinnovabili di immettere nel sistema elettrico nazionale una quota di energia derivante da fonti rinnovabili pari al 2% dell'energia totale prodotta, calcolata in base a specifici parametri.

Il par. 5 dello stesso art. 11, che fa espresso riferimento «agli impegni internazionali previsti dal protocollo di Kyoto», stabilisce che con un decreto ministeriale saranno adottate le regole per disciplinare il sistema di immissione in rete delle energie rinnovabili.

Tale decreto ministeriale, adottato l'11 novembre 1999¹², ha disciplinato infatti il sistema di immissione in rete delle energie rinnovabili introducendo, all'art. 5, il meccanismo dei *certificati verdi*, necessari per certificare la provenienza dell'energia da fonti rinnovabili.

Come si può comprendere, lo Stato italiano (come pure altri Stati membri) ha provveduto a disciplinare la materia delle energie rinnovabili, dal punto di vista normativo, prima della stessa Comunità europea.

b. La disciplina delle energie rinnovabili

A sua volta, la Comunità europea ha proceduto ad introdurre una regolamentazione normativa nel settore delle energie rinnovabili, anche per armonizzare le disposizioni già adottate dai vari Stati membri, mediante la direttiva n. 2001/77¹³ «sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità».

L'art. 2, lett. a., della direttiva n. 2001/77, dedicato alle "definizioni", precisa che si intende per «fonti energetiche rinnovabili» «le fonti energetiche rinnovabili non fossili (eolica, solare, geotermica, del moto ondoso, maremotrice, idraulica, biomassa, gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas)».

¹¹ Cfr. F. CAPELLI, *La direttiva n. 2004/35 sul danno ambientale: aspetti giuridici*, in questa *Rivista*, 2005, p. 815 ss., spec. p. 816.

¹² Decreto ministeriale 11 novembre 1999, in *Guri* n. 292 del 14 dicembre 1999.

¹³ In *Guce* n. L 283 del 27 ottobre 2001, p. 33 ss.

Secondo l'art. 9 della stessa direttiva n. 2001/77, gli Stati membri dovevano provvedere al suo recepimento entro il 27 ottobre 2003 e lo Stato italiano vi ha provveduto, con leggero ritardo, mediante il dlgs n. 387 del 29 dicembre 2003.

Con il citato dlgs n. 387 del 29 dicembre 2003, completato da appositi decreti ministeriali¹⁴, la materia delle energie rinnovabili risulta ora disciplinata in conformità alle disposizioni comunitarie.

In sede comunitaria, nel frattempo, si è provveduto a perfezionare la liberalizzazione del mercato interno dell'energia elettrica, mediante l'adozione della direttiva n. 2003/54 che ha abrogato la precedente direttiva n. 96/92 in precedenza esaminata¹⁵.

Infine, nello stesso anno 2003, la Comunità europea ha provveduto ad adottare la direttiva n. 2003/30 sull'uso di biocarburanti e di altri carburanti rinnovabili nei trasporti¹⁶.

L'adozione di questa direttiva è stata ritenuta necessaria per limitare l'emissione di CO₂ nel settore dei trasporti grazie all'aggiunta, nei carburanti tradizionali, di carburanti derivati soprattutto da sostanze vegetali.

Nel frattempo, nuovi studi e nuove ricerche hanno consentito alla Commissione europea di elaborare altri documenti da cui si evince la necessità di incrementare la produzione e l'utilizzo di risorse energetiche rinnovabili.

Possiamo citare, come esempi significativi di tali documenti, la Comunicazione della Commissione europea del 2005 su «*Il sostegno a favore dell'elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili*»¹⁷ e la Comunicazione contenente la «*Tabella di marcia per le energie rinnovabili*» del 2007¹⁸.

Oltre alla presentazione di questi documenti, da parte della Commissione, relativi alle energie rinnovabili, la Comunità europea ha provveduto ad adottare specifici provvedimenti destinati ad imporre il risparmio energetico, l'efficienza energetica e, in generale, l'utilizzo razionale dell'energia.

Possiamo segnalare, a tale proposito, la decisione n. 1230/2003 che ha adottato il programma dal titolo «*Energia intelligente: Europa 2003-2006*»¹⁹

¹⁴ Cfr. decreti ministeriali del 24 ottobre 2005, in *Guri* n. 265 del 14 novembre 2005, *suppl. ord.*

¹⁵ In *Gu-Ue* n. L 176 del 15 luglio 2003, p. 37 ss.

¹⁶ In *Gu-Ue* n. L 123 del 17 maggio 2003, p. 42 ss.

¹⁷ Cfr. Doc.Com(2005)627 del 7 dicembre 2005.

¹⁸ Cfr. Doc.Com(2006)846 del 10 gennaio 2007.

¹⁹ In *Gu-Ue* n. L 176 del 15 luglio 2003, p. 29 ss. Tale programma è giunto a scadenza il 31 dicembre 2006. Il nuovo programma «Energia intelligente - Europa» è previsto nel Capo III della decisione n. 1639/2006/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 2006 che istituisce un programma quadro per la competitività e l'innovazione (2007-2013), in *Gu-Ue* n. L 310 del 9 novembre 2006, p. 15 ss. Il programma quadro è istituito per il periodo dal 1° gennaio 2007 al 31 dicembre 2013. L'attuazione del programma Energia intelligente - Europa è affidata all'Agenzia esecutiva per la competitività e l'innovazione (EACI), con sede a Bruxelles (cfr. decisione n. 2004/20/Ce, in *Gu-Ue* n. L 5 del 9 gennaio 2004, p. 85 e decisione n. 2007/372/Ce del 31 maggio

nonché la direttiva n. 2002/91 sul rendimento energetico nell'edilizia²⁰ e la n. 2006/32, concernente l'«efficienza energetica»²¹.

Quella in precedenza citata è la normativa attualmente vigente che si riferisce alle energie rinnovabili.

Nel gennaio 2008 la Commissione europea ha presentato una Comunicazione sulla «*Prima valutazione dei piani nazionali d'azione per l'efficienza energetica*»²² ed una Comunicazione concernente le conseguenze del cambiamento climatico per l'Europa²³.

Contemporaneamente, la Commissione ha elaborato una proposta di direttiva sulla «*promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili*»²⁴ che dovrebbe disciplinare in modo completo questo settore per il prossimo futuro.

Tracciato il quadro normativo concernente il mercato interno dell'energia elettrica e la disciplina delle energie rinnovabili, è lecito chiedersi, ricordando le considerazioni in precedenza svolte relativamente alla mancanza di una base giuridica riferita all'energia nel Trattato sulla Comunità europea, su quali articoli dello stesso Trattato le Istituzioni comunitarie abbiano potuto fondare la competenza della Comunità europea ad adottare i provvedimenti in precedenza menzionati.

c. La base giuridica dei provvedimenti adottati in materia di energia elettrica e in materia di energie rinnovabili

Relativamente alla base giuridica su cui fondare la competenza della Comunità europea a disciplinare il settore dell'energia elettrica, la stessa è stata individuata facendo riferimento, di volta in volta, all'oggetto dei provvedimenti da adottare.

E così, per quanto riguarda la direttiva n. 96/92 e la successiva direttiva n. 2003/54 (abrogativa della precedente), dato che l'oggetto era sostanzialmente la disciplina del mercato interno dell'energia elettrica, la base giuridica è stata rinvenuta nell'art. 47, secondo comma (sulla libertà di stabilimento), nell'art. 55 (sulla libertà dei servizi) e nell'art. 95 (sull'armonizzazione delle legislazioni nazionali) del Trattato sulla Comunità europea.

Di contro, per quanto riguarda la direttiva n. 2001/77 sulle energie rinno-

2007, in *Gu-Ue* n. L 140 del 1° giugno 2007, p. 52).

²⁰ In *Guce* n. L 1 del 4 gennaio 2003, p. 65 ss.

²¹ In *Gu-Ue* n. L 114 del 27 aprile 2006, p. 64 ss.

²² Doc. Com(2008)11 def. del 23 gennaio 2008.

²³ Doc. Com(2008)30 del 23 gennaio 2008.

²⁴ Doc. Com(2008)19 del 23 gennaio 2008. Tale direttiva prevede l'abbattimento delle emissioni di gas con effetto serra del 20% entro il 2020 e l'aumento dell'impiego delle energie rinnovabili del 20% entro il 2020. La direttiva è stata approvata in data 17 dicembre 2008 nell'ambito del c.d. "Pacchetto clima-energia": cfr. il testo provvisorio sul sito internet www.europarl.europa.eu. Cfr. anche il Doc. Com(2008)772 def. del 13 novembre 2008 su «Efficienza energetica: conseguire l'obiettivo del 20%».

vabili e la direttiva n. 2003/30 sui biocarburanti, la base giuridica è stata rinvenuta nell'art. 175, par. 1, del Trattato sulla Comunità europea che, come sappiamo, riguarda i provvedimenti che possono essere adottati in sede comunitaria per la tutela dell'ambiente.

Ovviamente, in caso di ratifica del Trattato di Lisbona, diventerebbe applicabile l'art. 194 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea che, come riferito agli inizi, riconosce la competenza delle Istituzioni comunitarie ad adottare provvedimenti in materia di energia.

Quanto precede si riferisce alla normativa adottata dalla Comunità europea con specifico riferimento al settore dell'energia elettrica e a quello delle fonti di energie rinnovabili.

III. Problematiche specifiche riguardanti le energie rinnovabili

L'azione della Comunità europea nel disciplinare il settore delle energie rinnovabili ha dovuto tener conto anche di altre regole applicabili nell'ordinamento giuridico comunitario.

a. *La disciplina degli aiuti di Stato*

La prima regola deriva dalla normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato.

Come è noto, ogni incentivo alle imprese che sia suscettibile, in atto o in potenza, di alterare le condizioni di concorrenza nel mercato interno, può costituire un aiuto di Stato vietato dagli artt. 87 e ss. del Trattato sulla Comunità europea.

Orbene, poiché l'energia derivante da fonti rinnovabili è più costosa, rispetto a quella prodotta da fonti tradizionali, ne consegue che la sua produzione, per essere competitiva, deve essere sovvenzionata, con il rischio di violare le norme sugli aiuti di Stato.

Ancora una volta è stata la Corte di giustizia che ha indicato la strada per risolvere questo problema.

Infatti, con la sentenza *PreussenElektra* del 2001²⁵ la Corte di giustizia ha fornito solidi argomenti alle Istituzioni comunitarie per disciplinare normativamente il settore delle energie rinnovabili.

La normativa tedesca, considerata dalla Corte, nella causa decisa con la predetta sentenza, prevedeva l'obbligo per le società di distribuzione di energia elettrica, operanti in Germania, di acquistare a prezzi maggiorati l'energia elettrica da fonti rinnovabili prodotta da imprese ubicate nelle zone geografi-

²⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 13 marzo 2001 in causa n. C-379/98, in *Raccolta*, 2001, I, p. 2099 e in questa *Rivista*, 2001, p. 457 con commento di L. RUBINI, *Brevi note a margine del caso PreussenElektra, ovvero come «prendere seriamente» le norme sugli aiuti di Stato e la tutela dell'ambiente nel diritto comunitario*, p. 473.

che nelle quali si trovavano le predette società di distribuzione.

La fattispecie di cui alla sentenza della Corte qui esaminata, riguardava il rifiuto di una società, inserita in una rete di distribuzione analoga a quella appena menzionata, di acquistare l'energia elettrica, derivante da fonti rinnovabili, a prezzi maggiorati.

La ragione del rifiuto era l'illegittimità dell'imposizione per contrasto con la disciplina agli aiuti di Stato. In effetti, consentire alle imprese produttrici di energia elettrica da fonti rinnovabili di spuntare un prezzo maggiorato che le società di distribuzione dovevano obbligatoriamente pagare, poteva rappresentare una violazione delle norme comunitarie in tema di aiuti di Stato.

La Corte non ha però accolto questa interpretazione, perché il vantaggio che le imprese ricevevano per l'energia da essi prodotta e venduta non era dovuto a risorse pubbliche, ma era reso possibile dal fatto che le società di distribuzione, pagando un prezzo maggiorato, prendevano a proprio carico l'onere corrispondente.

Per quanto riguarda il tema dell'ambiente, la Corte, nella stessa sentenza, ha sottolineato la necessità di tutelare l'ambiente e ha considerato importante una politica ambientale in grado di promuovere la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili.

È utile ricordare che la Corte di giustizia, nella stessa sentenza, ha fatto riferimento alla Convenzione quadro sui cambiamenti climatici del 1992, al Protocollo di Kyoto del 1997 e alla decisione del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea dell'anno 2000, relativa all'adozione di un programma pluriennale per la promozione delle fonti energetiche rinnovabili.

Prendendo spunto da questi atti, la Corte ha ritenuto che una politica di promozione delle fonti energetiche rinnovabili non solo appare in linea con le esigenze di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali nonché con le esigenze di conservazione delle specie vegetali, ma è anche del tutto conforme alle disposizioni comunitarie in materia di tutela dell'ambiente.

Di conseguenza la normativa tedesca esaminata in sentenza non contrastava, secondo la Corte, con le norme comunitarie in tema di circolazione delle merci.

Dopo tale sentenza, la giurisprudenza della Corte di giustizia si è dimostrata sempre favorevole all'impiego delle fonti energetiche rinnovabili, per cui, in considerazione della politica seguita dalla Comunità europea in tale settore, che è stata in precedenza illustrata, la Commissione ha avuto ottimi argomenti per modificare i propri orientamenti in materia di aiuti di Stato, con riferimento agli aiuti destinati alla produzione delle energie rinnovabili.

Infatti, nel documento pubblicato il 1° aprile 2008 sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*²⁶ dedicato agli aiuti di Stato per la tutela ambientale, so-

²⁶ Cfr. Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato per la tutela ambientale, in *Gu-Ue* n. C 82 del 1° aprile 2008, p. 1.

no state inserite precise prescrizioni in favore degli aiuti erogati per le energie rinnovabili²⁷.

b. La disciplina degli appalti pubblici

La seconda regola cui occorre far riferimento deriva dalla disciplina degli appalti pubblici, che è orientata a privilegiare, generalmente, gli aspetti economici.

Come è noto, secondo le norme comunitarie applicabili in materia di appalti pubblici, nelle gare di appalto viene favorita l'offerta che presenta il prezzo più basso o quella economicamente più vantaggiosa, vale a dire quella che, sotto il profilo economico, risulta più conveniente.

La Corte di giustizia, in una sentenza del 2003²⁸, ha ritenuto che possa essere considerata offerta economicamente più vantaggiosa anche l'offerta specificamente destinata a favorire l'ambiente e, in particolare, a favorire l'impiego delle energie rinnovabili.

Afferma infatti la Corte di giustizia in tale sentenza che: «allorché decide di attribuire un appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, l'amministrazione aggiudicatrice può adottare criteri ecologici» (...). «*Ne consegue che la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici non osta a che un'amministrazione aggiudicatrice utilizzi, nell'ambito della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per aggiudicare un appalto di fornitura di elettricità, un criterio che impone la fornitura di elettricità ottenuta da fonti di energia rinnovabili purché tale criterio sia collegato all'oggetto dell'appalto, non conferisca alla detta amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, sia espressamente menzionato nel capitolato d'oneri o nel bando di gara e rispetti tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione*²⁹».

c. La disciplina sulla VIA (Valutazione dell'Impatto Ambientale) e sulla VAS (Valutazione Ambientale Strategica)

La terza regola deriva dalla disciplina sulla VIA (*Valutazione dell'Impatto Ambientale*)³⁰ e sulla VAS (*Valutazione Ambientale Strategica*)³¹.

²⁷ Cfr. punti 1.5.5-1.5.7 della disciplina citata in nota 23.

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 4 dicembre 2003 in causa n. C-448/01, *EVN e WIENSTROM*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14558.

²⁹ In *Raccolta*, 2003, I, p. 14575, punti 33 e 34.

³⁰ Direttiva n. 85/337, in *Guce* n. L 175 del 5 luglio 1985, p. 40 ss., modificata dalla direttiva n. 97/11, in *Guce* n. L 73 del 14 marzo 1997, p. 5.

³¹ Direttiva n. 2001/42, in *Guce* n. L 197 del 21 luglio 2001, p. 30 ss.

Anche sull'applicazione della disciplina sulla VIA, la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi nella recente sentenza del 3 luglio 2008³². La Corte di giustizia ha ritenuto che l'installazione di un impianto per la produzione di energia eolica deve essere assoggettato alla procedura di Valutazione dell'Impatto Ambientale.

d. La tutela del paesaggio

L'aspetto che non è stato invece trattato in modo specifico in sede comunitaria è quello relativo alla tutela del paesaggio.

Non esistono infatti disposizioni particolari, nell'ordinamento comunitario, che facciano riferimento specificamente al paesaggio (come è il caso, ad esempio, dell'art. 9 della nostra Costituzione).

Si potrebbe eventualmente derivare la competenza della Comunità a tutelare il paesaggio dall'art. 2 del Trattato sulla Comunità europea, dedicato ai principi, laddove si fa riferimento al "*miglioramento*" della qualità della vita.

Da ciò consegue che il compito di tutelare il paesaggio è riservato fondamentalmente alla normativa e alla giurisprudenza degli Stati membri.

A questo proposito possiamo ricordare che il Consiglio di Europa ha approvato nel 2000 una Convenzione sul paesaggio, conosciuta come Convenzione di Firenze³³.

Questa Convenzione è stata ratificata in Italia con la legge 9 gennaio 2006 n. 14³⁴.

Si può concludere, pertanto, su questo punto, nel senso che i problemi concernenti le esigenze di tutela del paesaggio che possono sorgere quando vengono in rilievo anche esigenze di tutela dell'ambiente (è evidente che un impianto eolico per la produzione di energia rinnovabile e, quindi, utile per la tutela dell'ambiente, può creare problemi al paesaggio) dovranno essere affrontati e risolti dalle Autorità (soprattutto) giudiziarie degli Stati membri.

Su tali aspetti saranno quindi illuminanti le relazioni del Prof. *MADDALENA* e del Consigliere *MONTEDORO*.

Fausto Capelli

³² Sentenza della Corte di giustizia del 3 luglio 2008 in causa n. C-215/06, *Commissione c. Irlanda*, inedita.

³³ La Convenzione sul paesaggio è stata adottata a Firenze il 20 ottobre 2000 ed è entrata in vigore il 1° maggio 2004.

³⁴ Sul punto v. N. FERRUCCI, *La nuova disciplina del paesaggio alla luce del d.lgs. 26 Marzo 2008 n. 63*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2008, p. 467.

GIUDICATO INTERNO E GIURISDIZIONE COMUNITARIA: LA COMPOSIZIONE DEI CONTRASTI*

1. Certamente non è un caso che negli ultimi anni sia incrementato il dibattito sui rapporti tra Corti nazionali e Corti europee cioè tra giudice nazionale, da un lato, e Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo, dall'altro. Ciò è dipeso non solo dal fatto che il potere giudiziario, negli ordinamenti moderni, esprime nella sua fase attuativa il momento di applicazione, di sintesi e di garanzia degli atti adottati dal potere legislativo e da quello amministrativo, ma anche da un accentuarsi dei contrasti – e forse ciò è una conseguenza di questo primato, se così si può dire, del potere giudiziario – in un settore, nel quale la soluzione dei problemi che si pongono si è manifestata con qualche difficoltà.

A volersi limitare a qualche riflessione sui rapporti tra giudicato interno, che rappresenta il momento culminante dell'attività giurisdizionale, e giustizia comunitaria, è opportuno subito rammentare, con riferimento specifico alle relazioni tra giudici nazionali e giudice comunitario, che queste trovano il loro canale privilegiato di comunicazione nella pregiudiziale comunitaria prevista dall'art. 234 del Trattato CE¹ ed un parametro ulteriore di riferimento nell'art. 10 CE che vincola tutte le componenti istituzionali degli Stati membri ad un obbligo di leale cooperazione² nei confronti di tutte le istituzioni della Comunità, organo giudiziario compreso.

* Relazione svolta in occasione del 6° *Stage di diritto comunitario*, organizzato dalla Commissione di diritto comunitario e internazionale - Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli - tenutosi a San Marco di Castellabate nei giorni 21-25 giugno 2008.

¹ Cfr. L. DANIELE, *Commento all'art. 234 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 1105; v. anche, ID., *Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale*, in questa *Rivista*, 2008, p. 447 ss.

² Cfr. M. LOMBARDO, *Il principio di leale cooperazione e l'armonizzazione indiretta delle regole procedurali nazionali alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 2008, p. 469 ss.

2. Non sempre però queste linee guida sono state seguite.

Ciò spiega perché, dopo la grande apertura fornita dalle pronunce della Corte di giustizia sui casi *Francovich*³, *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*⁴ sulla responsabilità dello Stato membro in tutte le sue manifestazioni, per violazione del diritto comunitario, l'attenzione degli studiosi si è appuntata su quell'aspetto particolare di responsabilità sfociato nelle frizioni esistenti tra le decisioni interne passate in giudicato e giustizia comunitaria⁵, rispetto alle quali il primato del diritto comunitario si è in un primo tempo attenuato in cerca di equilibrio, per poi acquistare un vigore dirompente causando le animate discussioni tuttora in corso.

3. La sentenza *Köbler*⁶, pronunciata nel 2003, come è ormai ampiamente noto, è stata la prima a sancire, con riferimento ad un caso specifico, la responsabilità – fino a quel momento solo astrattamente ipotizzata – di uno Stato membro per fatto imputabile ad un organo giurisdizionale. Ma, proprio, nell'applicare al caso concreto un principio ormai pacifico e come tale da attuarsi *de plano*, si è trovata ad affrontare alcuni problemi strettamente connessi a principi e regole saldamente radicati in tutti gli ordinamenti giuridici moderni e, segnatamente, a quello della certezza del diritto, nel quale va a confluire il più specifico principio costituito dalla intangibilità del giudicato non facilmente conciliabile con il diritto del singolo ad ottenere adeguata riparazione, ove il giudicato si ponga in contrasto con il diritto comunitario⁷.

Nel caso *Köbler*, la questione di fondo, che pur fu proposta ai Giudici di Lussemburgo in termini di pregnante rilievo, trovò agevole soluzione nell'affermazione perentoria della indiscussa preminenza del citato principio, che venne addirittura elevato a presupposto del diritto del danneggiato ai fini della sua realizzazione. In tal modo, proprio la perdurante forza cogente del giudicato venne a porsi come premessa della responsabilità dello Stato sul piano comunitario con il conseguente diritto del singolo ad agire per la reintegrazione del bene leso.

³ Sentenze del 19 novembre 1991 in cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *A. Francovich e D. Bonifaci e altri. c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5357 e in questa *Rivista*, p. 81 con nota di F. CAPELLI, *Un "pungolo" per i Paesi inadempienti*, p. 91 ss.

⁴ Sentenza del 5 marzo 1996 in cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du pêcheur c. Germania*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1029 ss. con commento di F. CAPELLI, *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie*, in questa *Rivista*, 1997, p. 54 ss.

⁵ Cfr., in particolare, A. ADINOLFI, *L'applicazione delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 617 ss.

⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239 e massimata in questa *Rivista*, 2004, I, p. 55 ss.

⁷ In argomento, v. M. T. STILE, *Il problema del giudicato di diritto interno in contrasto con l'ordinamento comunitario o con la CEDU*, in questa *Rivista*, 2007, p. 237 ss.

In questa prospettiva, dunque, lungi dal porre in discussione la validità dell'atto di diritto interno emanato dal singolo organo e pretendere la rimozione degli effetti, ne viene sancita la sua illiceità dal punto di vista del diritto comunitario, attribuendone la responsabilità allo Stato considerato nella sua unità.

Analogo percorso argomentativo viene seguito in altra vicenda⁸, nella quale la Commissione ha censurato lo Stato italiano per non avere modificato l'art. 29, secondo comma, della legge n. 428 del 29 dicembre 1990, interpretato in sede amministrativa e giudiziaria in modo tale da rendere praticamente impossibile o, comunque, eccessivamente gravoso l'esercizio del diritto al rimborso di tributi riscossi, in violazione del principio di effettività, cardine dell'ordinamento giuridico comunitario.

La Corte di giustizia ha, infatti, ribadito la sua convinzione, secondo cui deve essere affermata la responsabilità dello Stato allorché la violazione di cui trattasi derivi da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, che interpreti la normativa interna in termini incompatibili con il diritto comunitario.

Il problema della immodificabilità di provvedimenti divenuti ormai definitivi viene ancora affrontato dalla Corte di Lussemburgo nella successiva sentenza, *Kühne & Heitz NV. c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, del 13 gennaio 2004⁹, a seguito di rinvio pregiudiziale del giudice nazionale. La pronuncia ribadisce il dovere di tutte le autorità degli Stati membri di garantire la piena attuazione del diritto comunitario nell'ambito delle loro competenze, sempre, però, che ciò non comporti una violazione del principio della intangibilità del giudicato, a meno che non sia lo stesso diritto interno a consentire una sua rivisitazione.

La conferma della esigenza di rispettare il principio in questi termini, si rinviene nella decisione *Kapferer* del 2006¹⁰, ove la Corte comunitaria, facendo proprie le conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, ha sostenuto con vigore la prevalenza delle sentenze interne passate in giudicato sul principio di leale collaborazione stabilito dall'art. 10 del Trattato, richiamando il consolidato orientamento in materia.

⁸ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 2003 in causa n. C-129/00, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, I, p. 4637 ss. e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 534.

⁹ Causa n. C-453/00, in *Raccolta*, 2004, I, p. 837, in questa *Rivista*, 2004, p. 485 con commento di G. GATTINARA, *Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kühne & Heitz*, p. 489 e in *Urbanistica e appalti*, 2004, 10, p. 1151, con nota di R. CARANTA.

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 2006 in causa n. C-234/04, *Kapferer c. Schlank & Schick GmbH*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2585 ss., massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 82. Cfr., inoltre, A. ADINOLFI, *L'applicazione delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, cit. *supra*, nota 5, part. p. 637.

L'assestamento del richiamato orientamento – da apparire ormai definitivo – riceve ulteriore conferma dall'ancor più recente caso esaminato dalla Corte di giustizia¹¹, ove il rispetto del principio dell'intangibilità del "giudicato" di diritto interno non è in alcun modo posto in discussione appuntandosi l'attenzione della Corte sulla questione della compatibilità della normativa nazionale in tema di responsabilità dello Stato, per errori dei giudici, con i principi di diritto comunitario.

Alla luce di siffatta consolidata giurisprudenza, dunque, una pronuncia giudiziaria divenuta definitiva non può più essere rimossa, derivando, nell'ipotesi inversa, una grave violazione del principio della certezza del diritto e della stabilità dei rapporti giuridici, oltre che una altrettanto grave compromissione del potere giudiziario; rimane ferma, tuttavia, la sola possibilità di rivisitazione, per incompatibilità con il diritto comunitario, di una decisione, ancorché divenuta irrevocabile, qualora le regole procedurali nazionali lo consentano.

L'affermato principio trova, del resto, il suo avallo positivo nell'art. 68, 3° comma, del Trattato, per il quale la decisione della Corte di giustizia su ricorso per interpretazione, proposto dal Consiglio, dalla Commissione o da uno Stato membro, nelle materie del Titolo IV non si applica alle sentenze degli organi giurisdizionali degli Stati membri passate in giudicato.

4. In questo scenario, la sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007, che affronta, ai sensi dell'art. 234 CE, in seguito all'ordinanza del febbraio 2005 del Consiglio di Stato, il c.d. caso *Lucchini*, appare, almeno in parte, inaspettata¹².

In verità, segni premonitori di una possibile svolta del pur consolidatissimo orientamento emergevano già da tempo dalla casistica offerta dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, nella quale di frequente erano portate alla ribalta vicende che attestavano l'inadeguatezza del soddisfacimento dell'interesse leso, sotto il profilo meramente patrimoniale, occorrendo

¹¹ Sentenza del 13 giugno 2006 in causa n. C-173/03, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo S.p.A. c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5177; massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 741; in *Foro it.*, 2006, IV, c. 417 ss., con note di E. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, c. 418 ss.; A. PALMIERI, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*, c. 420 ss. e T. GIOVANNETTI, *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*, c. 423 ss. Va però rimarcato che, nella specie, la domanda di pronuncia pregiudiziale verteva sul principio e sulle condizioni per la sussistenza della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per i danni arrecati ai singoli da una violazione del diritto comunitario, allorché tale violazione è imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale; e che tale domanda era stata proposta nell'ambito di una causa intentata contro la Repubblica italiana dalla Traghetti del Mediterraneo Spa, impresa di trasporti marittimi, poi in liquidazione, al fine di ottenere il risarcimento del danno che essa avrebbe subito a causa di un'erronea interpretazione, da parte della Corte di cassazione, delle norme comunitarie relative alla concorrenza e agli aiuti di Stato.

¹² Per un commento sulla pronuncia, cfr. M. T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, in questa *Rivista*, 2007, p. 733 ss.

altresì il ripristino dello *status quo ante*¹³.

Il caso *Lucchini* rispecchia questa esigenza presente, dunque, benché in misura ridotta, anche nel contenzioso comunitario.

La vicenda è fin troppo nota per essere esposta nei dettagli. Quel che preme rimarcare è che essa riguarda un caso di aiuto di Stato alla società *Lucchini*, ritenuto incompatibile con il diritto comunitario dalla Corte di giustizia, quando ormai era già passata in giudicato la pronuncia che aveva legittimato l'aiuto in questione¹⁴.

5. La soluzione adottata dalla Corte di Lussemburgo viene scandita da vari passaggi.

Vi è un primo richiamo alla ripartizione dei poteri tra diritto interno e diritto comunitario, cui fa seguito la constatazione della presenza, nell'ordinamento interno, della disciplina contenuta nell'art. 2909 del codice civile italiano, interpretata dal giudice nazionale nel senso che essa non solo preclude la possibilità di dedurre nuovamente, in una seconda controversia, motivi sui quali un organo giurisdizionale si sia già pronunciato esplicitamente in via definitiva, ma anche di esaminare questioni che avrebbero potuto essere sollevate nell'ambito di una controversia precedente senza che ciò sia però avvenuto.

La Corte mostra, quindi, di essere consapevole di come da siffatta interpretazione della norma possa conseguire, in particolare, che ad una decisione del giudice nazionale vengano attribuiti effetti che eccedono i limiti di competenza del giudice di cui trattasi, quali risultano dal diritto comunitario; ma, al contempo, osserva come una tale interpretazione del principio dell'autorità di cosa giudicata impedirebbe, nella fattispecie concreta, l'applicazione del diritto comunitario in quanto renderebbe impossibile il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione di detto diritto.

La decisione rammenta, infine, richiamando copiosa giurisprudenza a conforto, che il giudice nazionale è tenuto ad interpretare le disposizioni di diritto nazionale possibilmente in modo da consentirne un'applicazione che contribuisca all'attuazione del diritto comunitario, disapplicando, all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione con esso contrastante.

Conclude, quindi, nel senso che la disposizione contenuta nell'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, va disapplicata nei limiti in cui la sua applicazione impedisca il recu-

¹³ L'inadeguatezza della riparazione monetaria si è, ad esempio, manifestata nelle note decisioni *Scozzari e Giunta c. Italia* del 13 luglio 2000 e *Lucà* del 27 febbraio 2001, entrambe riportate sul sito www.dirittiuomo.it, ove, chi si è visto riconoscere dai giudici di Strasburgo la illegittimità della procedura nazionale che lo ha riguardato, si trovava ancora in prigione o in affidamento minorile.

¹⁴ V. anche A. NEGRELLI, *Il primato del diritto comunitario e il giudicato nazionale: un confronto che si poteva evitare o risolvere altrimenti. (Brevi riflessioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee 18 luglio 2007, in causa C-119/05)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, p. 1217 ss.

però di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune sia stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva.

Queste conclusioni, senza dubbio, si pongono in conflitto con le precedenti decisioni. La Corte, tuttavia, cerca di superare tale conflitto facendo, in buona parte, leva sulla peculiarità della fattispecie realizzatasi in un settore, quale quello degli aiuti di Stato, fondamentale nell'ordinamento comunitario, rispetto al quale la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti è di competenza esclusiva della Commissione¹⁵.

Orbene, se fino alla sentenza *Lucchini* la già richiamata disposizione contenuta nell'art. 68, 3° comma, del Trattato era considerata dai più, sia in dottrina¹⁶ sia in giurisprudenza¹⁷, espressione di un principio generale applicabile in tutti i campi, dopo tale pronuncia essa dovrà ritenersi limitata alle sole materie del Titolo IV del Trattato, ossia ai visti, asilo, immigrazione e alle politiche connesse con la libera circolazione delle persone, ivi comprese le misure adottate nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che presentino implicazioni transfrontaliere (e cioè le misure in materia di notificazioni transnazionali, assunzione dei mezzi di prova, riconoscimento ed esecuzione di decisioni, compatibilità fra le regole processuali degli Stati membri). Se, dunque, con riferimento alle materie del Titolo IV è lo stesso Trattato a riconoscere un principio d'intangibilità del giudicato nazionale anche di fronte al diritto comunitario, per le materie relative agli altri titoli dovrà ritenersi che quel limite non sussista.

Il limite, dopo la causa *Ministero dell'industria c. Soc. Lucchini siderurgica*, deve, infatti, ritenersi venuto meno di fronte a sentenze interpretative della Corte comunitaria. Dall'art. 10 del Trattato Ce discende che gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario. Il principio di leale cooperazione imporrebbe che nel caso di riproposizione della domanda, per sopravvenuta interpretazione della disposizione comunitaria difforme da quella contenuta nel giudicato, non trovi applicazione l'art. 2909 c.c. e la precedente cosa giudicata non abbia rilievo.

La cosa giudicata è inefficace, nella sentenza *Lucchini*, perché il giudice nazionale ha invaso un settore di competenza propria della Commissione. Ma l'impressione che si ricava dalla sentenza è che, procedendo su questa linea, l'orientamento sia nel senso di una non applicazione dell'art. 2909 c.c. non

¹⁵ Cfr. le riflessioni di E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, part., p. 465 s.

¹⁶ V. BIAVATI, *Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato*, in *Int'l Lis*, 2005, p. 65.

¹⁷ Cfr. Cass. ordinanza 21 giugno 2006, n. 14411, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1886.

solo quando è in gioco la ripartizione delle competenze fra la Comunità e gli Stati membri, ma anche, pur nel rispetto dei limiti di cui all'art. 68 del Trattato, quando sono in discussione i diritti attribuiti ai singoli dall'ordinamento comunitario, lasciando sempre aperta la porta alla tutela in forma risarcitoria, ove quella in forma specifica non raggiunga comunque il suo risultato.

6. Ed in effetti la recentissima sentenza *Kempter*¹⁸ conferma questa impressione.

Questi brevemente i fatti: la società tedesca Kempter, esportatrice di bovini verso Paesi extracomunitari, aveva ottenuto la restituzione alle esportazioni ai sensi del regolamento comunitario n. 3665/87. Tuttavia, poiché alcuni animali erano periti durante il trasporto e nel periodo di quarantena presso i Paesi di destinazione, l'organo amministrativo nazionale – lo Hauptzollamt – aveva intimato alla società la restituzione dei rimborsi percepiti.

Successivamente al passaggio in giudicato della sentenza emessa dai giudici nazionali, che aveva reso definitivo il provvedimento amministrativo in tema di rimborsi comunitari, era intervenuta una pronuncia della Corte di giustizia che, in altro giudizio, aveva affermato rilevanti principi concernenti la materia in oggetto e non conciliabili con l'atto interno.

Tale pronuncia aveva pertanto indotto la Kempter, pregiudicata dal provvedimento amministrativo definitivo, a rivolgersi ai giudici nazionali affinché riesaminassero la precedente decisione per adeguarsi alla giurisprudenza comunitaria. I giudici hanno rimesso la questione interpretativa alla Corte di giustizia al fine di stabilire se il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE imponesse ad un organo amministrativo, investito di una richiesta in tal senso, di riesaminare un atto definitivo alla luce della decisione sulla medesima materia fornita nel frattempo dai giudici comunitari.

La Corte, riunita in Grande Sezione, dopo aver fatto il punto della situazione sulla propria giurisprudenza circa il problema del riesame delle decisioni amministrative e giurisdizionali divenute definitive e rivelatesi in contrasto con il diritto comunitario, ha tenuto a chiarire come non sia rilevante, ai fini della revisione dell'atto amministrativo definitivo, che nella causa principale la parte processuale che chiede la revisione, abbia invocato il diritto comunitario.

Inoltre, prospettandosi con tale decisione la possibilità che venga posto a rischio il principio della certezza del diritto, espressamente ritenuto incluso tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunitario, la Corte di giustizia ha tenuto altresì a specificare, in doveroso riscontro al quesito posto in via

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia - Grande Sezione - del 12 febbraio 2008 in causa n. C-2/06, *Kempter KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 411; in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, p. 1301 ss. e in questa *Rivista*, 2008, p. 463 ss. con commento di M. LOMBARDO, *Il principio di leale cooperazione e l'armonizzazione indiretta delle regole procedurali nazionali alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, p. 469 ss.

pregiudiziale dal giudice del rinvio, che, pur non imponendo il diritto comunitario limiti temporali per presentare una domanda diretta al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva, detti limiti ben possono trarsi dal diritto interno e trovare applicazione, sempre che essi siano ragionevoli, ossia in linea con i principi comunitari di effettività ed equivalenza. Occorre, cioè, che le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali interni, diretti a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario, non siano, per un verso, meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e, per altro verso, non rendano praticamente impossibile o eccessivamente oneroso l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività), come nel caso di fissazione di termini oltremodo ristretti.

La Corte, dunque, mediante tali puntualizzazioni, ha posto un ulteriore tassello a favore di diritti dei singoli per lungo tempo irrimediabilmente pregiudicati da una interpretazione eccessivamente restrittiva del principio della certezza del diritto.

7. Il recentissimo provvedimento costituito dal d.l. n. 59 dell'8 aprile 2008¹⁹, contenente «disposizioni urgenti per l'attuazione degli obblighi comunitari e l'esecuzione delle sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee», convertito in legge n. 101 del 6 giugno 2008, ha voluto anche – ma non solo – porre in qualche modo riparo alle situazioni di contrasto tra giudicato interno e pronuncia della Corte di giustizia, determinate spesso – ed è il caso di rimarcarlo – da una certa incuria delle autorità giurisdizionali ed amministrative interne circa le decisioni della Commissione ostative all'erogazione degli aiuti. E non sembra, anzi, potersi seriamente dubitare che i primi due articoli del provvedimento siano strettamente connessi alle problematiche poste dalla vicenda che ha caratterizzato il caso *Lucchini*.

Essi, infatti, sono rivolti ad agevolare il recupero di aiuti concessi in violazione dell'art. 88, par. 3, CE, adeguando la normativa processuale nazionale ai requisiti di immediatezza ed effettività previsti dal diritto comunitario.

In proposito va considerato che quando la Commissione, all'esito della procedura di controllo contemplata dall'art. 88, par. 2, CE, dichiara un aiuto illegale, essa, ai sensi dell'art. 14 del regolamento (Ce) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999, può imporre allo Stato membro interessato di adottare tutte le misure necessarie per recuperare l'aiuto dal beneficiario (se in tutto o in parte già erogato), al fine di eliminare distorsioni alla concorrenza determinate dall'illegittimo aiuto.

In questa prospettiva, il par. 1, dell'art. 1 del d.l. n. 59/2008 attribuisce al

¹⁹ Per un primo commento al provvedimento, v. P. DE PASQUALE, *Il taglio ai tempi del contenzioso che crea un nuovo rito speciale*, in *Guida al Diritto*, 2008, n. 17, p. 33 ss.

giudice il potere di concedere, in via cautelare, la sospensione dell'efficacia esecutiva degli atti adottati dalle autorità nazionali per eseguire una decisione di recupero della Commissione europea, sempre che ricorrano le seguenti condizioni: 1. gravi motivi di illegittimità della decisione comunitaria di recupero, ovvero evidente errore di individuazione del soggetto tenuto alla restituzione, oppure errore nel calcolo della somma da recuperare; 2. pericolo di un pregiudizio imminente e irreparabile.

Il par. 2, specifica, poi, ulteriormente che, qualora a fondamento del provvedimento con cui è accolta l'istanza cautelare di sospensione sia posta l'illegittimità della decisione comunitaria di recupero, il giudice deve sospendere il giudizio e provvedere all'immediato rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di giustizia, chiedendo contestualmente una trattazione d'urgenza ai sensi dell'art. 104 *ter* del regolamento di procedura della stessa Corte, salvo che la questione sia già pendente dinanzi al giudice comunitario. Tuttavia, la sospensione cautelare non sarà concessa, qualora la parte istante, pur avendone facoltà, in quanto individuata o chiaramente individuabile, non abbia impugnato la decisione di recupero ai sensi dell'art. 230 CE, oppure, pur avendo proposto l'impugnazione, non abbia richiesto la sospensione di detta decisione ai sensi dell'art. 242 Ce, ovvero, pur avendone fatta richiesta, la sospensione non sia stata concessa dal giudice comunitario.

Allo scopo di assicurare la definizione delle controversie in tempi rapidi, il par. 3 dispone che, fuori dei casi di rinvio pregiudiziale, il giudice, con il medesimo provvedimento che accoglie l'istanza di sospensione, fissi la data dell'udienza di trattazione entro trenta giorni, cui dovrà far seguito la decisione della causa nei successivi sessanta giorni. Inoltre, è stabilito che, decorsi novanta giorni dall'emanazione del provvedimento cautelare di sospensione, questo perda efficacia, ferma la possibilità, da parte del giudice, di un riesame dello stesso, su istanza di parte, e di una sua riconferma limitatamente ad un termine non superiore a sessanta giorni, e sempre che ricorrano i presupposti di cui ai par. 1 e 2.

Nella medesima ottica di accelerazione dei riti, il par. 4, riconosce per i giudizi di merito l'applicazione, in quanto compatibili, degli artt. 22 e 23 della legge n. 689 del 24 novembre 1981, che impongono una notevole concentrazione della istruttoria e della decisione, accanto ad uno snellimento della procedura, mentre, il par. 5 detta la disciplina intertemporale, escludendo dall'ambito di applicazione del par. 4 i giudizi pendenti alla data di entrata in vigore del decreto in parola (9 aprile 2008). Peraltro, nell'ipotesi in cui la procedura di recupero risulti bloccata per effetto dell'emanazione di un provvedimento cautelare, essa potrà essere sbloccata nei termini previsti dal par. 3. Infine, il par. 6 affida al presidente di sezione e, per i tribunali non divisi in sezioni, al presidente del tribunale, il compito di vigilare sul rispetto dei termini di cui al par. 3 e di riferire con relazione trimestrale al presidente del tri-

bunale o alla Corte d'appello per le determinazioni di competenza.

Con l'art. 2 è, invece, novellato il decreto legislativo n. 546 del 31 dicembre 1992: «Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 della legge 30 dicembre 1991, n. 413», mediante l'inserimento di un articolo *ad hoc*, il 47 *bis*, che ricalcando quanto sancito nell'art. 1 del decreto in parola, disciplina la sospensione cautelare degli atti volti a recuperare aiuti di stato dichiarati incompatibili con il diritto comunitario e a definire nel merito le relative controversie.

Di rilievo risultano le novità procedurali relative ai giudizi di merito, in quanto è statuito che, subito dopo lo svolgimento della discussione in pubblica udienza, il Collegio giudicante debba deliberare la decisione in camera di consiglio, con immediata lettura del dispositivo in udienza; e, inoltre, che il deposito della sentenza debba avvenire entro quindici giorni dalla lettura del dispositivo e debba essere comunicata immediatamente alle parti. Oltre a ciò, va segnalato che, nel giudizio di appello innanzi alla Commissione tributaria regionale, tutti i termini, a eccezione di quello per la proposizione del ricorso, sono ridotti della metà.

Di fronte alla possibilità, resa concreta dalle ultime esaminate pronunce del Giudice comunitario, di vedere inoperanti decisioni nazionali passate in giudicato, lo Stato italiano ha inteso, dunque, all'evidenza, adottare un modulo legislativo che, per un verso, si mostri rispettoso dell'ordinamento UE e, per altro verso, impedisca l'emarginazione di un principio, quale quello della intangibilità del giudicato, sul cui valore fondamentale negli ordinamenti moderni vi è unanimità di consensi.

Maria Teresa Stile**

** Dottore di ricerca in Diritto della Concorrenza e del Mercato nell'UE / Università degli Studi di Napoli "Federico II"; assegnista di ricerca presso la medesima Università.

RECENSIONI

Umberto Leanza - Ida Caracciolo, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui. Parte Generale*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. VII-491, € 40,00

Questo manuale, già importante fin dalla sua prima edizione, si caratterizza nel vasto panorama della manualistica italiana più recente in quanto contrassegnato da tre fattori essenziali, tutti confluenti nel ritorno alla tradizione classica del manuale di diritto internazionale ed alla riconfermata fiducia nel suo futuro accademico e professionale. Trattasi, innanzitutto, di un lavoro "multi-volume", esigenza precipuamente avvertita in momenti di particolare sviluppo e complessità della disciplina internazionalistica, così come accadde all'inizio del secolo scorso con l'opera di Pasquale Fiore e, successivamente, con quelle di Angelo Piero Sereni e Mario Giuliano nella scia dell'avvenuto consolidamento del sistema internazionale dopo la nascita delle Nazioni Unite. Trattasi, in secondo luogo, di un'opera nella configurazione attuale a valenza generalista in quanto dedicata, volutamente ed espressamente, ad una Parte generale distinta da quella speciale di successiva pubblicazione. Trattasi, inoltre, di un'opera di contenuto e metodo comunitarista o "comunitaristico", riferito alla società internazionale universale o generale ed alle sue singole componenti. Per effetto di tali contrassegni o caratteri distintivi lo studio si presenta con un suo profilo peculiare idoneo a contraddistinguerlo con nettezza di qualità formali e sostanziali rispetto ad altri comparsi in questa stagione di vera e propria "ri-fioritura" di interessi intellettuali, culturali e professionali. Devesi, pertanto, ritenere chiusa un'altra precedente stagione di declino, di sfiducia e di scarso orgoglio circa il ruolo delle idee internazionali e dell'internazionalismo giuridico vero e proprio nel contesto della società contemporanea.

I dodici capitoli di cui si compone l'opera rappresentano un'opzione stringente rispetto ai contenuti di una Parte generale, non confusa, né sostituita da

una Parte speciale, alternativa e concorrente rispetto alla prima. Ovviamente nell'edizione finale in due volumi sarà possibile una visione complessiva circa i risultati ultimi in termini di unitarietà, omogeneità e coerenza. Risultati, peraltro, prefigurati sin da ora con la indicazione preventiva dei capitoli destinati ad entrare nelle Parti speciali (p. XXIV). Alcuni dei capitoli già finora trattati rappresentano parte necessaria ed insostituibile della visione della Comunità internazionale concepita dall'A.; così che non risulta immaginabile un loro "slittamento" in altri sub-settori della disciplina come il diritto delle organizzazioni internazionali e sovranazionali, unitamente a quello dei diritti dell'uomo ed alla giurisdizione internazionale. Così come non risultano declassabili altri capitoli della Parte generale come quelli concernenti la soluzione delle controversie internazionali, il sistema onusiano di sicurezza collettiva e la repressione dei crimini internazionali. Viceversa, dalle anticipazioni offerte circa i contenuti delle Parti speciali è da attendere con estremo interesse la trattazione di tematiche come quelle dedicate alla "sovranità" ed alla "neo-sovranità" statale in un'ottica, non più esclusivistica ed indipendentistica della stessa, ma di solidale interdipendenza e di vera e propria comunicazione internazionale nell'esercizio di "funzioni" distribuite su una rete complessiva di servizi interconnessi nell'ambiente umano e naturale (v. ancora *ibidem*).

Il ritorno della Parte generale corrisponde alla dichiarata esigenza di riconferma del ruolo e, in un certo senso, della missione affidata al diritto internazionale, ai suoi operatori ed agli studiosi del settore. Si recede, così, da parte dell'A. da ogni atteggiamento pessimistico o rinunciatario rispetto al ruolo di una Parte generale, non più considerata un residuo delle grandi Scuole del secolo XX, ordinamentalista, normativista e positivista, ritenute responsabili di concezioni non più attuali e, quindi, non idonee a fornire una presentazione accettabile del mondo giuridico internazionale di oggi. L'A. ritiene, invece, che quelle Scuole si siano sostanzialmente rinnovate e che siano portatrici di valori tradizionali, e di altri di recente apparizione, e che sia possibile offrirne una sintesi aggiornata. Quest'ultima diviene, così, capace di essere alla confluenza di tradizioni classiche ed esigenze moderne tra "normativismo" e realismo egualmente presenti nell'esperienza giuridica internazionale. E tanto consente all'A. di incorporare nel suo sistema "nicchie" privilegiate come quelle delle organizzazioni internazionali o del diritto comunitario europeo (pp. 78-109) o della stessa tutela internazionale dei diritti dell'uomo (pp. 112-143).

Ciò premesso, centrale diventa nell'opera dei due co-Autori, secondo i rispettivi campi di competenza (v. sempre p. XXIV), la complessiva visione comunitaristica, intesa come la più idonea a rappresentare una società mista "statual-individuale", ovvero inter-statuale ed inter-individuale nelle sue varie dimensioni verticali ed orizzontali. Essenziale diventa, a tale riguardo, la descrizione della società internazionale come comunità dinamica nelle sue varie epoche e fasi storiche senza possibilità di una cesura netta ed artificiosa tra

comunità "imperiale" delle origini, comunità paritaria o westphaliana e comunità verticale o onusiana dell'epoca attuale. Notevoli, inoltre, appaiono le variazioni contenute nei primi due capitoli della seconda edizione (pp. 3-76) circa la comunitarietà o il comunitarismo dell'esperienza giuridica internazionale, fin *ab initio* comprensiva di interessi statual-individuali fatti valere dagli uni per gli altri e da questi ultimi attraverso i primi. Sempre in tale visione, la struttura della funzione normativa della Comunità internazionale appare ben descritta nella seconda sezione (pp. 149-294) riferita ai capitoli 5-8 dell'opera, esplicando così nella c.d. verticalizzazione la piena partecipazione dell'intera Comunità, e non la sua sostituzione da parte di un vertice di gruppi egemoni dotati di *leadership* prioritarie ed esclusive. Essenziale e non trascurabile resta il ruolo affidato all'ordinamento giuridico degli Stati singoli, non perché gli individui siano destinati ad un continuo "porta a porta" fra una pluralità di Stati teoricamente interessati alla loro protezione, bensì per effetto di una visione solidaristica determinata dalla tutela degli interessi collettivi in gioco. Resta, così, collocata all'interno del sistema la riserva in favore del diritto interno e della giurisdizione domestica, non in nome di un'opzione internistica, bensì come espressione di una teoria generale e ordinamentale compiuta.

L'A. principale, Umberto Leanza, come è noto, in virtù delle particolari responsabilità assunte nell'ultimo decennio quale *legal adviser* dell'amministrazione italiana degli Affari esteri, ha svolto un particolare ruolo nella formazione del sistema convenzionale di tutela penale per i crimini commessi nella ex Jugoslavia e per la formazione dello Statuto di Roma del 1999, istitutivo della Corte dell'Aia all'inizio della sua esperienza. Di riflesso compare nel volume una particolare accentuazione della tematica dedicata alla responsabilità internazionale, alle forme di prevenzione e di riparazione degli illeciti internazionali e, più ampiamente, di usi maggiori o minori della forza autorizzati o delegati, come sostegno alla reale operatività di una società degli Stati intesa come *legal community*. L'A. condivide, in tale senso, anche i risultati auspicati o prevedibili per effetto del noto rapporto dell'anno 2001, elaborato dalla Commissione di diritto internazionale ed ancora in attesa di un suo esito codificatorio, come parte indispensabile ai fini della creazione di un sistema in parte "codificato", in parte sanzionato o sanzionabile. Indipendentemente dagli esiti della neo-istituita Corte penale internazionale e dal processo codificatorio in corso anche la tradizionale visione "inorganica" o realistica della Comunità internazionale suffraga la permanente validità di una concezione di tipo comunitario. Inoltre, le appendici finali comprensive dei classici indici dottrinali (pp. 471-474), giurisprudenziali (pp. 487-491) e di altre fonti normative, unite alle preziose ed aggiornate bibliografie di settore poste in capo a ciascuno dei dodici capitoli confermano l'estrema utilità didattica dell'opera e la sua funzione come testo di base per successive ricerche ed usi anche professionali. Bisogna, pertanto, salutare con estrema soddisfazione l'avvenuta pubblicazione di

un manuale di così solido impianto teorico e di trasparente chiarezza, scritto con stile letterariamente pregevole e tale da ricoprire un ruolo fondamentale nella dottrina internazionalistica italiana degli inizi di questo secolo.

Massimo Panebianco*

Philipp Fabbio, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 569, € 57

La disciplina del divieto di abuso di dipendenza economica è stata introdotta nell'ordinamento italiano con l'art. 9 della legge n. 192 del 18 giugno 1998 sulla «disciplina della subfornitura nelle attività produttive», successivamente modificato dall'art. 11 della legge n. 57 del 5 marzo 2001.

L'opera in epigrafe si articola in otto capitoli nei quali l'autore ricostruisce il significato e la portata di tale disposizione, sottoponendola ad un attento esame, condotto sempre in un'ottica di sistema, volto ad approfondire i rapporti tra le diverse discipline nazionali e il diritto comunitario, sotto la lente dell'opera interpretativa della Corte di giustizia delle Comunità europee. Nell'utilizzo della comparazione quale strumento interpretativo, particolarmente utile si è rivelato il confronto con i sistemi giuridici nazionali che hanno costituito precedenti storici e modelli di riferimento della disciplina specifica del divieto di abuso di dipendenza economica introdotta in Italia: il diritto francese e, soprattutto, il diritto tedesco, considerato che in tale ultimo contesto l'inserimento del divieto nella legge *antitrust* ha consentito che la nuova disposizione venisse «intesa il più possibile in coerenza con le *rationes* del diritto della concorrenza». In tale ottica, nel primo capitolo dell'opera in epigrafe l'A. procede all'inquadramento sistematico della nuova disciplina, collocandola, diversamente da quanto ha fatto la prevalente dottrina civilistica, non nell'ambito del diritto dei contratti (e all'interno di quest'ultimo fra le disposizioni volte a proteggere il contraente più debole) bensì nel contesto del diritto della concorrenza in senso lato, secondo una ricostruzione che a suo avviso meglio consente di concretizzare quei concetti giuridici indefiniti in cui si articola la disposizione e la sua clausola generale.

Nel secondo capitolo poi, in coerenza con la premessa di cui si è detto, l'A. mette a fuoco la nozione normativa di dipendenza economica: prima da un punto di vista generale e, successivamente, partendo dall'esame delle fattispecie che la norma speciale consente di abbracciare (i *Fallgruppen*, ovvero la casistica considerata dalla giurisprudenza tedesca sulla base della disposizione che ha ispirato il nostro legislatore) e rivisitando i concetti e criteri di

* Ordinario di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno.

valutazione propri della normativa *antitrust*, l'A. verifica se le soluzioni elaborate nel contesto tedesco si prestino ad essere recepite nell'esperienza giuridica italiana, attraverso una corrispondente interpretazione dell'art. 9 della legge sulla subfornitura.

Mosso dunque dall'obiettivo di ricostruire un quadro delle ipotesi di dipendenza potenzialmente rilevanti ai sensi della suddetta norma, l'A. inizia – nel terzo capitolo – con l'esaminare la c.d. dipendenza da assortimento, dedicandosi anzitutto a risolvere il problema dell'ammissibilità in generale, nel diritto italiano, della figura della dipendenza da assortimento in assenza di quote di mercato significative, fornendo successivamente risposta al più specifico quesito circa le interferenze che si possono determinare tra l'art. 9 della legge sulla subfornitura, interpretato sulla falsariga del precedente tedesco, e la disciplina che il fenomeno della distribuzione selettiva già riceve nel diritto comunitario e nazionale.

Nel quarto capitolo dell'opera si dedica invece ampio spazio alla seconda più importante specie di dipendenza del diritto tedesco, ovvero alla dipendenza c.d. da rapporti commerciali, e, tentando di tipizzare, agli effetti dell'art. 9 della legge sulla subfornitura, alcune delle possibili specie di dipendenza, l'indagine si incentra opportunamente sulla distinzione tra dipendenza (anche) giuridicamente rilevante e (mera) dipendenza di fatto, intendendosi ricomprendere in quest'ultimo insieme tutte le situazioni apparentemente riconducibili alla definizione legale di dipendenza che tuttavia possono, per ragioni di ordine sistematico, anche non rivelarsi meritevoli di tutela.

Non essendo presente nella disciplina italiana una espressa definizione dell'abuso di dipendenza economica, con il quinto capitolo dell'opera l'A. traccia i confini di tale figura e giunge a delineare un concetto minimo d'abuso valevole in ogni caso; operazione che rivela tutta la sua utilità nel momento in cui, nel capitolo sesto, l'attenzione si volge a distinguere il suddetto abuso dall'abuso di posizione dominante.

Il settimo capitolo è poi dedicato ai rimedi civili, per i quali la legge italiana detta disposizioni *ad hoc*. A tale proposito, l'A. non si limita all'esame dei singoli mezzi di tutela a disposizione del soggetto di diritto vittima dell'abuso di dipendenza economica, bensì fornisce il proprio contributo anche su questioni di più ampio respiro: muovendo dall'esame del regime generale delle invalidità c.d. di protezione, saggiando poi i limiti di ammissibilità di certe forme di tutele in forma specifica, esso giunge quindi ad interrogarsi sui presupposti della responsabilità per illecito concorrenziale. Merita a tale proposito di essere segnalato l'accoglimento e lo sviluppo della tesi di una invalidità generale per abuso dell'autonomia d'impresa, configurata come invalidità necessariamente parziale, da ricostruirsi attingendo in via di *analogia juris* alle regole codicistiche dell'annullabilità.

Mediante l'ottavo e ultimo capitolo l'A. esamina nei suoi tratti essenziali

un tema di recente emersione, ossia il rapporto tra il divieto di abuso di dipendenza economica e la nuova disciplina della responsabilità per attività di direzione e coordinamento di società.

Ad uno sguardo d'insieme, l'opera in epigrafe presenta dunque non solo una ricostruzione completa dell'istituto dell'abuso di dipendenza economica in tutti i suoi aspetti, ma anche una rivisitazione approfondita e spesso critica dei concetti e dei principi della normativa *antitrust*, toccando anche profili, come quello del rapporto fra disciplina della dipendenza economica e disciplina del controllo societario, che finora erano stati trascurati dalla dottrina italiana. A tale scopo, l'accurata indagine dedicata alla ricostruzione del rapporto tra l'art. 9 della legge sulla subfornitura e la normativa *antitrust* comunitaria e nazionale non rimane mai, nell'intera opera, un momento esegetico fine a se stesso: il dato normativo straniero è invero sempre utilizzato come spunto conoscitivo ma costantemente verificato nella sua compatibilità sistematica con il dato italiano. Merita in proposito di essere sottolineato – quale particolare carattere di pregio dell'intera monografia – come l'A. dedichi costante attenzione alla verifica della applicabilità sul piano concreto delle soluzioni elaborate e proposte, secondo un percorso interpretativo che mostra tutta la sua utilità in presenza di una norma come quella dell'art. 9 della legge sulla subfornitura, che consta di una clausola generale e di concetti giuridici ampiamente indeterminati.

Alberto De Franceschi**

Simone Marinai, *I valori comuni nel diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 329, € 36,00

L'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam ha segnato il trasferimento della materia internazionalprivatistica dal Terzo Pilastro al Primo Pilastro. La nuova e diretta competenza normativa è stata utilizzata intensamente dalle istituzioni comunitarie al fine di regolamentare il settore processuale e quello dei conflitti di leggi nell'ambito di quello spazio giuridico comunitario di libertà, giustizia e sicurezza che si va consolidando. Nel giro di pochi anni, sono stati adottati regolamenti comunitari per agevolare e semplificare il sistema di riconoscimento e di esecuzione delle decisioni in molteplici settori, dalle procedure di insolvenza (Regolamento n. 1346/2000), ai rapporti di famiglia (c.d. Regolamento Bruxelles II n. 1347/2000, abrogato e sostituito poi dal

** Dottorando di ricerca in Diritto delle obbligazioni e dei contratti italiano, comparato e comunitario / Università di Ferrara.

Regolamento Bruxelles II-bis n. 2201/2003), alla materia civile e commerciale (c.d. Regolamento Bruxelles I n. 44/2001). Ancora, per agevolare il sistema delle notificazioni degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile e commerciale (Regolamento n. 1348/2000, abrogato dal Regolamento n. 1393/2007) e per promuovere la cooperazione nell'assunzione delle prove in materia civile e commerciale (Regolamento n. 1206/2001). Si aggiungano a questa serie di atti i più recenti regolamenti che istituiscono il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati (n. 805/2004), il procedimento europeo di ingiunzione al pagamento (n. 1896/2007) ed il procedimento europeo per le controversie di modesta entità (n. 861/2007). Nel settore dei conflitti di leggi, invece, sono stati adottati il Regolamento n. 864/2007 (c.d. Roma II) sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali ed il nuovissimo Regolamento n. 593/08 (c.d. Roma I) sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, quest'ultimo successivo alla pubblicazione del volume qui recensito. Completa questa lunga serie di interventi normativi il Regolamento n. 4/2009 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, anch'esso adottato successivamente alla pubblicazione del volume in esame. In fase progettuale è la proposta di adottare nuovi strumenti comunitari nei settori delle successioni testamentarie e dei rapporti patrimoniali tra i coniugi.

Questo è il quadro normativo di riferimento assunto dall'A. del testo qui in rassegna, per verificare se il legislatore comunitario nel redigerlo abbia perseguito soltanto uno scopo di semplificazione e di armonizzazione o, al contrario, abbia seguito una logica ben precisa riconducibile anche ad obiettivi di carattere materiale, a cui è sottesa la tutela di determinati valori che oggi possono ritenersi comuni agli Stati membri.

La ricostruzione dei valori prodotti dal processo di comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale costituisce l'oggetto d'indagine che l'A. efficacemente conduce attraverso uno studio delle scelte di politica legislativa così articolato:

1. l'analisi ricognitiva, su un piano generale, dei vari settori di intervento, presi nel loro ordine cronologico, ossia dal settore processuale a quello dei conflitti di leggi ed infine agli strumenti soltanto progettati;

2. l'esame, ad un livello di approfondimento particolare, dei principali strumenti internazionalprivatistici coincidenti con i criteri di collegamento, lo spazio riservato all'autonomia delle parti ed, infine, il ruolo svolto dai tradizionali limiti introdotti dalle norme imperative, dalle norme di applicazione necessaria e dall'ordine pubblico;

3. una riflessione ulteriore sulle competenze esterne al fine di verificare come la Comunità, anche al di fuori dello spazio comunitario, si faccia promotrice dei citati valori comuni.

Dallo studio unitario ed organico del quadro normativo indicato, l'A. trae

argomenti importanti per mettere in luce come la Comunità abbia, inizialmente, perseguito finalità di carattere economico, legate cioè alla realizzazione del mercato comune, per giungere poi, in via successiva, a dare una adeguata assistenza anche ad istanze di carattere sociale, proponendosi dunque come una «organizzazione a vocazione più ampia».

Ne è riprova per il *Marinai*, il fatto che, inizialmente, il legislatore comunitario abbia provveduto nella materia civile e commerciale ad armonizzare i criteri di giurisdizione ed i meccanismi di riconoscimento e di esecuzione delle decisioni, allo scopo di favorire la libera circolazione dei giudicati all'interno dello spazio giudiziario europeo. Ciò soddisfaceva la necessità di garantire il corretto funzionamento del mercato interno, coerentemente ad un modello di integrazione di tipo economico. Solo in una fase successiva, l'attività armonizzatrice del legislatore comunitario si è incentrata su una materia riservata fino a quel momento alla sovranità degli Stati, ossia i rapporti di famiglia. È proprio lo studio articolato degli atti normativi adottati in tale settore che consente all'A. di affermare, con considerazioni persuasive, l'esistenza all'interno della Comunità di valori più ampi, «socialmente orientati», come egli stesso li definisce.

L'esempio calzante, puntualmente illustrato nelle pagine del volume, è quello relativo alla disciplina dei criteri di collegamento, contenuta nel Regolamento n. 2201/2003, che conferma l'intenzione del legislatore di voler facilitare la scelta del foro che consente di instaurare la causa di separazione, di annullamento o di divorzio. Il *Marinai*, in linea con altra dottrina (*Roberto Baratta*), sostiene che da tali indicazioni si potrebbero desumere elementi a favore di un modello di famiglia caratterizzato dalla facile dissolubilità del vincolo matrimoniale e rispetto al quale si è ipotizzata la teorizzazione di un vero e proprio diritto ad ottenere lo scioglimento del vincolo. Anche se venisse confermata l'esistenza di un tale diritto soggettivo esso, tuttavia, andrebbe certamente temperato con l'interesse superiore del minore alla cui tutela è rivolta tutta la disciplina comunitaria. Questi i primi segni sviluppati poi, nel prosieguo della trattazione, soprattutto attraverso l'analisi dei criteri di collegamento, che dimostrano come ci sia stato un ampliamento degli orizzonti e degli interessi di cui la Comunità si fa portavoce. È soprattutto la presenza di criteri di collegamento «socialmente orientati», ossia criteri dettati in via speciale a favore di categorie di persone più bisognose di tutela, quali i minori all'interno del nucleo familiare, i consumatori, i lavoratori ed i contraenti di polizze assicurative, accanto a quelli che soddisfano soltanto la certezza del diritto e la prevedibilità delle soluzioni, condizioni prime per la realizzazione del mercato comune, che testimonia un modello di civiltà giuridica di «protezione verso le parti più deboli contro le possibili distorsioni derivanti dallo sviluppo economico».

Funzionale all'obiettivo di indagine che si è posto l'A., ossia l'individua-

zione di un nucleo di valori comuni agli Stati membri, è soprattutto l'esame, contenuto nel capitolo quarto, di taluni istituti che tradizionalmente rappresentano dei limiti al funzionamento delle norme di conflitto, vale a dire l'ordine pubblico c.d. internazionale e le norme di applicazione necessaria, nonché le norme imperative c.d. semplici che costituiscono, invece, soltanto un limite all'autonomia delle parti. Trattasi di strumenti, contemplati nei moderni sistemi statali di diritto internazionale privato che, pur divergendo nel loro funzionamento, sono accomunati dalla funzione di baluardo posto a difesa del particolarismo statale, ma che, una volta inseriti nel contesto comunitario, finiscono inevitabilmente per mutare il loro punto di riferimento e conseguentemente la loro funzione. Paradigmatica a tal proposito è l'enunciazione, accanto a quelle tradizionali, delle nuove nozioni di ordine pubblico comunitario, norme di applicazione necessaria di origine comunitaria e norme imperative comunitarie. Queste tre figure, le prime due di derivazione giurisprudenziale e la terza, l'unica finora ad aver ricevuto un suggello sul piano normativo, grazie alla menzione contenuta nel nuovissimo regolamento Roma II, costituiscono lo strumento migliore nelle mani dell'A. per rispondere al quesito iniziale, inerente all'esistenza o meno di valori comuni, poiché sono espressione di valori propri della Comunità, posti, non più a presidio della sovranità statale, ma a vantaggio dell'integrazione comunitaria. L'individuazione in concreto di quali valori possano essere ritenuti oggi comuni è un'operazione intimamente connessa al tentativo di riempire di contenuto la clausola di ordine pubblico comunitario. È proprio la presa di coscienza di valori oggi comuni a tutti, o comunque ad una maggioranza di Stati, che ha reso possibile la consacrazione a livello giurisprudenziale di un vero e proprio ordine pubblico comunitario. La stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, d'altronde, si è sforzata di ricavare taluni principi che possano rappresentarne il contenuto identificandoli, dapprima, con le disposizioni del Trattato indispensabili per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità, successivamente con il rispetto di diritti fondamentali, tra cui, per espresso riconoscimento, figurano i diritti della difesa nell'ambito di un giusto processo.

Inoltre, è sempre la categoria dell'ordine pubblico comunitario che suggerisce riflessioni circa i rapporti che intercorrono tra i valori comuni a tutti gli Stati membri e quelli sentiti come peculiari del singolo assetto ordinamentale e che vanno a concretare, invece, l'ordine pubblico c.d. internazionale. Sussiste un rapporto di reciproca compenetrazione cosicché, da un lato, la Comunità stessa può desumere dai singoli ordinamenti, o meglio dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, i valori da trasferire poi nell'ordinamento comunitario e, dall'altro lato, anche il singolo Stato, per effetto della partecipazione alla Comunità europea, può finire con l'ampliare, restringere o modificare la portata dei principi e dei valori ritenuti essenziali al suo interno.

La progressiva affermazione di valori comuni all'interno dell'emergente si-

stema di diritto internazionale privato comunitario permette una considerazione ulteriore: è prevedibile in futuro che la continua evoluzione dell'ordine pubblico comunitario renda sempre meno possibile l'eventualità che i giudici dei singoli Stati membri possano opporsi al riconoscimento di atti e sentenze straniere mediante l'eccezione di ordine pubblico il cui impiego è sempre più limitato ai casi eccezionali, cioè solo «in presenza di una violazione manifesta di una regola di diritto ritenuta essenziale nell'ordinamento dello Stato richiesto».

In via conclusiva, possiamo affermare che l'utilizzo delle norme internazionali-privatistiche di origine comunitaria, consente all'A. di verificare la sussistenza di un nucleo di valori comuni nell'ordinamento comunitario e di inquadrarli correttamente nel processo di integrazione europea. Infine, è da segnalare il carattere innovativo dell'opera che non propone un modello puramente descrittivo di un fenomeno ampiamente documentato da fonti autorevoli della dottrina italiana e straniera, ma si sforza di dare una risposta ad un interrogativo di fondo ben più complesso relativo al reale grado di ravvicinamento tra gli ordinamenti dei vari Stati membri.

Anna Bettinelli***

Giovanni Cellamare, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 294, € 26,00

Il volume di Giovanni Cellamare costituisce un'opera significativa nel contesto dello studio, dell'analisi (nel quadro dell'ordinamento comunitario ed internazionale) di una tematica, senza dubbio, molto particolare (nonché attuale).

Nella prima parte l'Autore esamina, con accuratezza, l'evoluzione della regolamentazione di questa tematica nel contesto giuridico comunitario, dedicando ampio spazio alla disciplina contemplata dal Trattato di Amsterdam senza però minimizzare le modifiche introdotte dal Trattato di Nizza. In particolare l'A. svolge uno studio molto approfondito sulla «portata della comunitarizzazione» attuata «dal Titolo IV TCE» (p. 47 ss.): l'analisi concerne sia il Titolo IV del Trattato CE intitolato «visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone» (artt. 61-69), sia il protocollo riguardante l'incorporazione del c.d. *acquis* di Schengen, sia la particolare posizione di alcuni Paesi (Regno Unito, Irlanda, Danimarca) con specifico riferimento tanto al suddetto Titolo IV quanto al c.d. *acquis* di Schengen.

La seconda parte riguarda la disciplina relativa all'«ingresso, soggiorno e circolazione nell'Unione» dei cittadini di Paesi terzi (p. 100 ss.). L'analisi concerne sia le principali disposizioni della «Convenzione di applicazione

*** Dottore in giurisprudenza / Università degli Studi di Salerno.

dell'accordo di Schengen» rilevanti in materia, sia la disciplina nel settore dei visti, sia lo studio di determinati atti particolarmente significativi, ad esempio: la direttiva n. 2004/38/Ce sul «diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri» (p. 100 ss.); la direttiva n. 2003/86/Ce «relativa al diritto al ricongiungimento familiare» (p. 154 ss.).

Nella terza parte, l'Autore esamina invece alcuni aspetti molto controversi di questa tematica, ossia l'«immigrazione irregolare» e «il rimpatrio degli immigrati in condizione irregolare» (cfr. p. 189 ss.), offrendo un quadro molto preciso (con diverse, interessanti osservazioni) riguardo i principali "strumenti" giuridici di riferimento.

Nella quarta parte, l'analisi concerne l'«incidenza» di alcune «convenzioni, e in particolare di quella europea del 1950, sull'operare dell'espulsione» (cfr. p. 248 ss.).

Da ultimo, occorre sottolineare che il volume di *Giovanni Cellamare* contiene ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza (in particolare quella della Corte di Strasburgo).

Giuseppe Licastro****

Luca Briasco - Davide A. Capuano - Luigi Gianniti, *Il Trattato di Lisbona: commento e testo a fronte*, 12° Quaderno europeo ed internazionale del Servizio Affari Internazionali del Senato, 2008, pp. I-II, 7-483, € 7,00

Il volume qui recensito si colloca nel novero delle raccolte di "documentazioni" rilevanti finalizzate ad un primo approccio al nuovo Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre del 2007. Lo stesso, peraltro, si segnala per la sua architettura estremamente semplice che, di fatto, permette a tutti – cittadini e studiosi – una lettura consapevole ed agevole del *reform Treaty*, al quale, come noto, risultano allegati Protocolli e Dichiarazioni aventi per scopo la precisazione di aspetti funzionali e di talune «clausole di esclusione» ottenute da alcuni Stati membri. Accanto al testo del Trattato ed ai menzionati Protocolli (p. 429-453) e Dichiarazioni (p. 457-465), inoltre, il volume in commento pubblica anche la Carta dei Diritti Fondamentali firmata a Nizza nel 2000 e fatta oggetto di un mero richiamo, seppure giuridicamente vincolante, da parte del Trattato di riforma (p. 467-483). Ulteriore "titolo di merito" per l'opera in esame è certamente l'"adozione" della c.d. tecnica del testo a fronte (p. 77-426), vale a dire di una tabella a due colonne in cui, da un lato, sono riportati i testi del Trattato che istituisce la Comunità europea (c.d. TCE) e di quello

**** Dottore in giurisprudenza / Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria.

sull'Unione europea (c.d. TUE) nella loro formulazione originaria e tuttora in vigore (almeno fino a quando il procedimento di ratifica non sarà completato) e, dall'altro, sono riprodotte le disposizioni dei summenzionati Trattati così come risultano modificate in forza degli emendamenti apportati a Lisbona. È giocoforza come una simile impostazione fornisca una "guida ragionata" al testo di riforma, "novativo" dei pregressi Trattati, in ossequio al tradizionale metodo della novellazione dei testi esistenti, e non già sostitutivo dei medesimi, come si era invece previsto per la "Costituzione europea", sulla base dell'applicazione del c.d. principio della *tabula rasa*. Con il testo adottato a Lisbona viene, pertanto, in rilievo la redazione di una sorta di Trattato unificato o Testo Unico, incidente tanto sul TUE, che mantiene tuttora inalterata la sua attuale denominazione, quanto sul TCE, denominato, a seguito della riforma, TFUE, ossia Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Di peculiare rilievo risultano essere, poi, la Prefazione (p. I-II) a firma del Presidente del Senato e l'ampia nota introduttiva, collocata all'inizio del volume qui recensito (p. 7-71). Quest'ultima costituisce uno studio approfondito e particolareggiato delle innovazioni apportate dal Trattato di riforma e si compone di una premessa iniziale (p. 7-10), di un paragrafo riguardante le modifiche apportate al Trattato sull'Unione europea (p. 10-43) e, infine, di un successivo paragrafo dedicato alle varianti afferenti il Trattato che istituisce la Comunità europea (p. 43-71). Nell'ampia introduzione si rileva come il nuovo Trattato si sia reso indispensabile al fine di dotare l'Unione del quadro giuridico e degli strumenti necessari per fare fronte alle sfide del futuro poste da un mondo in costante mutamento e per rispondere alle legittime aspettative dei cittadini dello spazio sovranazionale. Si pone così l'accento sulla necessità di trasformazione (perseguita dal Trattato di Lisbona) del sistema europeo innanzitutto in un altro maggiormente democratico e trasparente, che rafforzi il ruolo del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali, colmando così quel *deficit* di legittimità democratica che per lungo tempo ha impedito all'Europa di superare la situazione di *impasse* in cui era caduta. Si mira, altresì, come puntualizzato nel volume, alla creazione di un'Europa più efficiente, che sia in grado di semplificare i suoi metodi di lavoro e le norme di voto, di dotarsi di Istituzioni più moderne ed adeguate ad un'Unione a 27 e di disporre di una accresciuta capacità di intervenire nei settori di massima priorità. Sempre nella particolareggiata nota introduttiva si contempla, altresì, l'immagine di un'Europa protagonista sulla scena internazionale, dotata di personalità giuridica unica che ne rafforzi il potere negoziale, potenzi ulteriormente la sua azione in ambito internazionale e, *last but not least*, la renda a livello mondiale un *partner* più visibile per i Paesi terzi e le organizzazioni internazionali.

Di là dell'analisi minuziosa delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, ciò che emerge chiaramente dalle pagine della vasta nota introduttiva è

la consapevolezza di come nell'arco di cinquant'anni l'Europa sia profondamente cambiata, il mondo sia cambiato. Di qui la necessità di una modernizzazione del sistema europeo, chiamato ad affrontare le note sfide. Una modernizzazione, quella a cui s'è fatto cenno, realizzata dal Trattato di riforma ed ispirata, a ben guardare, dalla sempre più stretta interdipendenza globale, dal c.d. *Butterfly effect*. Un'opera, insomma, quella fin qui analizzata, di non trascurabile spessore, capace di rendere maggiormente agevole lo sforzo di rinnovare la conoscenza del settore europeo secondo la lettura della normativa "a due livelli" venutasi a creare per effetto dell'opera riformatrice del nuovo Trattato. Conseguentemente, soprattutto grazie alla sua struttura particolarmente semplice, il volume appare destinato ad essere di grande utilità sia per gli operatori pratici, sia ancor più per gli studiosi del diritto unionistico, ai fini della ricostruzione del complesso quadro normativo.

Miriam Immediato*****

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*

ANNA BETTINELLI, *Dottore in giurisprudenza / Università degli Studi di Salerno*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

ALBERTO DE FRANCESCHI, *Dottorando di ricerca in Diritto delle obbligazioni e dei contratti italiano, comparato e comunitario / Università di Ferrara*

UGO DRAETTA, *Ordinario di Diritto Internazionale / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

VALERIA FONTANA, *Avvocato / Foro di Milano*

MASSIMO FRAGOLA, *Professore associato di Diritto dell'Unione europea / Università della Calabria*

MIRIAM IMMEDIATO, *Dottoranda di ricerca in Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno*

LUCIO LANUCARA, *Responsabile della Struttura Operativa Comunitaria ed Internazionale della Direzione Affari Legali e Societari / Trenitalia SpA*

GIUSEPPE LICASTRO, *Dottore in giurisprudenza / Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria*

DAVIDE MARCIANÒ, *Assegnista di ricerca in Diritto Internazionale / Università del Salento; dottore di ricerca in Diritto del Commercio Internazionale / Scuola Superiore ISUFI - Università del Salento*

MASSIMO PANEBIANCO, *Ordinario di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno*

DANIELE PISANELLO, *Avvocato / Foro di Lecce*

MARIA TERESA STILE, *Dottore di ricerca in Diritto della Concorrenza e del Mercato nell'UE / Università degli Studi di Napoli "Federico II"; assegnista di ricerca presso la medesima Università*

ANNA VALENTINI, *Dottoranda di ricerca in «Impresa, Stato e mercato» / Università della Calabria*

